المملكة العربيَّة السعوديَّة

وزارة التعليم العالي

جامعة الإمام مُحمَّد بن سعود الإسلاميَّة

المعهد العالي للقضاء

قسم الفقه المقارَن

التعليم الموازي



المُسْتَثْنَيَاتُ الفقهيّةُ فِي المُعَامَلاتِ المَالِيِّة

دِرَاسَةٌ فقهيّةٌ تَأْصِيْلِيَّةٌ تطبيقيّةٌ مُقَارَنَة

بَحْثٌ مُقَدَّمٌ لِنَيْلِ دَرَجَةِ الدكتُوراه فِي الفِقْه المُقَارَن

مُقَدَّمٌ مِن الطالب

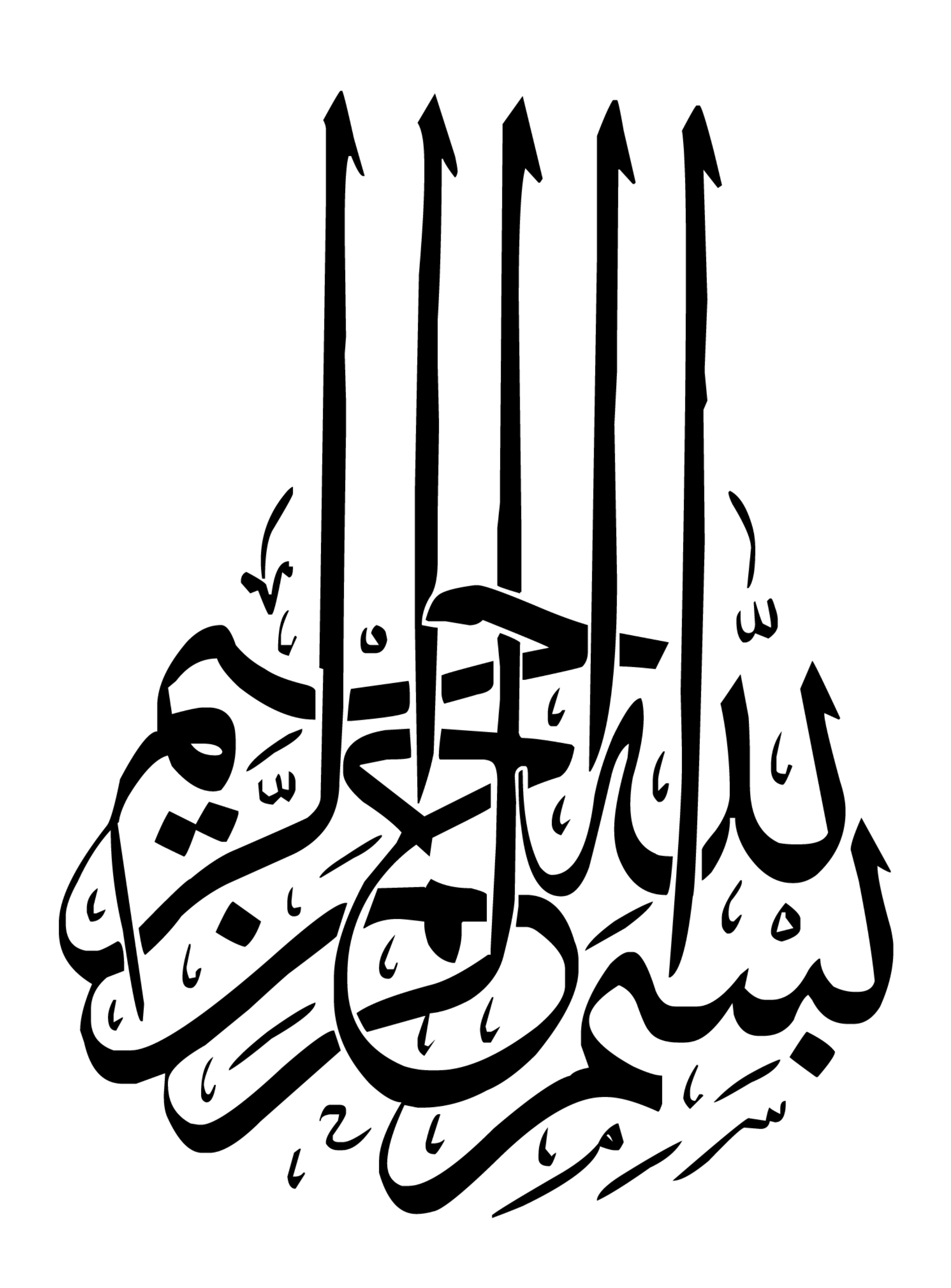
خالد بن الأدهم العنزيّ

تحت إشراف

الأستاذ الدكتور/ محمد جبر الألفيّ

العام الجامعيّ

١٤٣٨-١٤٣٩هـ


بسم الله الرحمن الرحيم

إهـــــداء

إلى من بلغ الرسالة، وأدَّى الأمانة، ونصح الأمة...إلى نبيّ الرحمة ونور العالمين ﷺ.

إلى حكمتي... وعلمي...وأدبي... وحلمي...إلى ينبوع الصبر والتفاؤل والأمل... إلى كل من في الوجود بعد الله ورسوله...إلى من كان دعاؤها سرَّ نجاحي... إلى القلب الكبير الذي وسعني بعطفه...إلى التي تعجز قواميس الفكر عن وصفها... (**أمي الغالية**).

إلى من جرع الكأس فارغًا ليسقيني قطرة حب...إلى من كلّت أنامله ليقدم لنا لحظة سعادة...إلى من حصد الأشواك عن دربي ليمهد لي طريق العلم...إلى القلب الكبير... (**والدي العزيز**).

إلى **زوجتي الغالية**... إلى من كانت لي سندًا ومعينًا ومشجعًا في كل لحظة من لحظات البحث... لك مني خالص التقدير والعرفان.

إلى **شيخيَّ الفاضلين**: الشيخ خالد بن جريد العنزي، والشيخ عليّ بن جريد العنزي؛ فبهما عرفت العلم وأهله...وهما من غرسا في نفسي محبة العلم والحق...ومنهما نهلت العلم منذ نعومة أظفاري... فجزاهما الله عني خير ما جزى صاحب فضل عن فضله.

إلى ولَدَيَّ وقرة عيني... إلى من أستشرف برؤيتهم المستقبل...إلى من تزول برؤيتهم كل أكدار الحياة... (**أنس ولمياء**).

إلى سندي وقوتي وملاذي بعد الله... إلى من آثروني على أنفسهم...إلى من علموني معنى الحياة وقيمتها...إلى من أظهروا لي ما هو أجمل من الحياة (**إخوتي**) وأخص منهم أبا باسم، الذي كان ومازال ركنًا شديدًا طالما آويت إليه.

إلى أَخَوَيَّ الذيْنِ لم تلدهما أمي...إلى صديقيَّ الصدوقيْن: (**أبي زيد**) و(**أبي ديم**).

إلى من تربطني بهم صلة رحم... إلى من يحمل لقب **آل بندر وآل مجول**.

إلى **جنودنا البواسل** المرابطين على ثغور بلادنا.

إلى كل من شجعني على الدراسة والمثابرة.

أهدي ثمرة جهدي هذا...

حبًا وكرامة...

واعترافًا بالجميل...

ووفاء بالمعروف...

شـــكر وتـقدير

يطيب لي بعد شكر الله عزَّ وجلَّ أن أتقدم بالشكر والعرفان، واعترافًا لأهل الفضل بفضلهم، إلى أستاذي الفاضل ومشرفي **الدكتور/ محمد جبر الألفي**؛ لتفضله بالإشراف على هذا البحث؛ إذْ أحاطني برعايته، وكلأني بتوجيهاته ونصائحه القيمة، لقد حباني كثيرًا من وقته على الرغم من انشغاله، ومنحني من علمه ما ينوء مثلي عن مكافئته، ولم يبخل عليَّ يومًا بنصح أو إرشاد، ولقد كان لخلقه العالي، وصبره المتفاني، ومعاونته الصادقة، وتوجيهاته السديدة، وكل ما أبداه من ملاحظات وإرشادات قيمة –الأثرُ الكبير في إخراج هذه الرسالة بهذه الصورة.

كما أتقدم بجزيل الشكر والامتنان لصاحب فكرة هذا الموضوع شيخنا الدكتور/ عبد الله بن مبارك آل سيف، فما هذا الموضوع إلا ثمرة من ثمار أفكاره البحثية التي انبرى لها، فجزاه الله عني خير الجزاء.

كما أتوجه بجزيل الشكر والتقدير إلى **لجنة المناقشة**؛ لتكرمهما بقبول مناقشة هذه الرسالة وإبداء توجيهاتهما ونصائحهما.

ولا يفوتني أن أتقدم بالشكر إلى **جميع أساتذة قسم الفقه المقارن** في المعهد العالي للقضاء الذين تشرفت بالتتلمذ على أيديهم.

والشكر موصول إلى **جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلاميّة** التي أتاحت لي الفرصة لخدمة الفقه الإسلاميّ.

وليعذرني كل من سهوت عن شكره، فالشكر موصول لكل من أسدى إليَّ معروفًا، أو قدَّم نصحًا، أو دعا لي بظهر الغيب.

الباحث

مُقَدِّمَة

الحمدلله حمدًا يوافي نعمه ويكافئ مزيده، وله الشكر كما ينبغي لجلال وجهه وعظيم سلطانه، وأصلي وأسلم على نبيّنا وحبيبنا محمد ﷺ الذي أرسله الله رحمة للعالمين، هاديًا ومعلمًا لهذه الأمة يفقهها في دينها ويبين لها سبيل الخير بشريعة لهم فيها صلاح دنياهم وآخرتهم، وبعد:

فإن علم الفقه من أشرف العلوم وأجلِّها، فهو الذي ينظم أعمال المكلَّفين في مرافق الحياة شتى، ويربطهم بخالقهم ومعبودهم؛ لذلك اهتم علماء المسلمين بالفقه اهتمامًا بالغًا، فمنهم من اهتم به من الناحية الفرعية فبسط فروعه وأبوابه ومسائله، ومنهم من عمل على تأصيل هذه المسائل بإرجاعها إلى أصولها واستنباطها من أدلتها العامة، وطائفة اهتمت بربط هذه المسائل بقواعدها وضوابطها، وهم في ذلك كله قد اتفقوا في أصول هذا العلم وكلياته واختلفوا في جزئياته، ومن هذه الجزئيات المُسْتَثْنَيَات الفقهيّة، فهو مسار قديم جديد من مسارات التأليف في الفقه، وبحاجة إلى تأصيل وتقعيد وتنظير وتمثيل، فهو قديم من جهة أن فكرته من ابتكار المتقدمين وكتاباتهم وتأليفهم، وجديد من جهة أنه لم يحظَ بحقه من الاهتمام بوصفه علمًا مستقلًّا ومسار تأليف؛ فمن هنا اخترت أن يكون موضوع بحثي لنيل درجة الدكتوراه: (المُسْتَثْنَيَاتُ الْفِقْهِيَّة في المُعَامَلاتِ الْمَالِيَّة –دراسةٌ فِقْهِيَّة تأصيليَّة تطبيقيّة مُقَارَنَة).

أهمية الموضوع:

تظهر أهمية الموضوع في النقاط الآتية:

١–يُعَدُّ تقريب العلوم الشرعيّة هدفًا من أهداف المؤلفين والعلماء في التاريخ الإسلاميّ، وهذا البحث يخدم هذا الجانب.

٢–المستثنيات الفقهيّة تشير في كثير من الأحوال إلى وجود قاعدة فقهيّة أو أصل فقهيّ استثنيت منه، فما قبل الاستثناء إذن من مظانّ الأصول الفقهيّة أو القواعد.

٣–إن تصور المسألة الفقهيّة مرتَّب على معرفة أصلها وما استثنيت منه، سواء أكان قاعدة أم فرعًا أكبر منها؛ وهذا بدوره يترتب عليه الاجتهاد في المسألة والحكم عليها، ومعلوم أن تصور الوقائع

شرط من شروط الاجتهاد المجمع عليها، بل عَدَّ بعض العلماء معرفة المستثنى والمستثنى منه من شروط المجتهد والقاضي [1]، وهذا البحث يصب في هذا الجانب عن طريق بيان الروابط بين الفروع والقواعد والمستثنيات وبيان العلاقة بينها وتعليلاتها.

٤-هذه الطريقة من التأليف في الفقه -التي أحث على الكتابة فيها-مفيدة للمعلم والمتعلم على حد سواء؛ فهي تعين المعلم على الشرح والتحضير وتصوير المسائل للطلاب، كما تعين المراجع من الطلاب على فهم المسائل، ولاسيما غير المتخصصين.

٥-هذه الطريقة طريقة مفيدة سهلة التناول لتدريس علم الفقه في بعض جوانبه -وهي المستثنيات الفقهيّة-باستخدام كتب الفقه وعلى ترتيب الأبواب الفقهيّة؛ مما يعين على فهم القواعد واستثناءاتها وضبطها.

٦-علم المستثنيات الفقهيّة علم دقيق، وعدم فهمه من قبل طالب العلم يوقعه في الخلط بين المسائل المتشابهة، والإحاطة به تعصم الطالب من الوقوع في مشتبه المسائل؛ لأن المستثنى وإن شابه المستثنى منه في الظاهر، لكنه لم يستثنَ إلا لدليل خاص.

٧-تشابه مسائل المستثنيات في كتب الفقه وتشعبها وتفرقها، وعدم التفريق بينها من حيث نوعها وما استندت إليه؛ مما يحتم علينا تحريرها وجمعها.

٨-علم المستثنيات الفقهيّة من العلوم النافعة وله فائدة علم القواعد الفقهيّة نفسها؛ لأن به تستخرج القواعد من المستثنى منه، كما أن المستثنى قد يرجع لقاعدة أخرى وحينها يكون قد استفيد منه في استخراج قاعدتين، ويحسن هنا أن نبيّن فائدة علم القواعد الفقهيّة، فقد قال ابن رجب فيها: "تضبط للفقيه أصول المذهب، وتطلعه من مآخذ الفقه على ما كان عنه قد تغيب، وتنظم له منثور المسائل في سلك واحد، وتقيد له الشوارد وتقرب عليه كل متباعد" ا.هـ [2].

وقال السيوطيّ: "اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم، به يَطَّلِع على حقائق الفقه ومداركه، ومآخذه، وأسراره، ويَتمهر في فهمه واستحضاره، ويَقتدر على الإلحاق والتخريج، ومعرفة أحكام

---

(١) كما أشار إلى ذلك الشيخ مرعي الكرمي الحنبليّ في دليل الحكام في الوصول لدار السلام، ص١٧.

(٢) قواعد ابن رجب، ص٣.

المسائل التي ليست بمسطورة، والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على ممر الزمان؛ ولهذا قال بعض أصحابنا: الفقه معرفة النظائر " (١).

وقال الشيخ مصطفى أحمد الزرقا -في معرض حديثه عن أهمية القواعد الفقهيّة-: "فالطالب في دراسته الشرعيّة أو القانونية إذا تلقى هذه القواعد، وتَفَهَّم جيدًا مدلولاتها ومدى تطبيقاتها، ووقف على مستثنياتها التي يكشف عنها الشرح، ثم تَفَهَّم الأسباب الفقهيّة التي قضت بقطع الفرع المستثنى عن قاعدته الظاهرة، وإلحاقه بقاعدة أو أصل آخر، يشعر ذلك الطالب في ختام دراسته لهذه القواعد وشروحها كأنما وقف فوق قمة من الفقه تشرف على آفاق مترامية الأطراف من الفكر الفقهيّ نظريًّا وعمليًّا، ويرى امتداداته التطبيقيّة في جميع الجهات" (٢).

٩-إن هذه الدراسة يمكن الاستفادة منها في الترجيح عند الاحتياج إليه، وذلك إذا تعارض أصلان في صورة ما، وللترجيح أوجه متعددة، إحداها أن يقدم الأصل الذي لم يُخرم باستثناء على الأصل الذي خُرِمَ به، وهو ما يُعرف عند الأصوليّين بترجيح العام المحفوظ على العام المخصوص (٣).

١٠-إن معرفة علم المستثنيات الفقهيّة تجعل الدارس يطلع على أسرار الشريعة، ومدارك الأحكام، ومآخذ المسائل الفقهيّة المستثناة.

١١-دراسة هذا العلم تعين على فهم مقاصد الشريعة وأسرارها وأهدافها العامة.

١٢-دراسة هذا العلم تسهل على غير المتخصصين في علوم الشريعة الاطلاع على الفقه بروحه ومضمونه بأيسر طريق.

١٣-معرفة القواعد الفقهيّة التي ترجع لها المسائل في الباب تساعد على معرفة مدارك الفقه وحقائقه، وتعليلاته الخفية وجوامعه؛ مما ينمي عند المتعلم الملكة الفقهيّة، والنَفَس الفقهيّ السليم المنضبط، وكل هذا يظهر عن طريق معرفة المستثنى والمستثنى منه.

١٤-دراسة هذا العلم تفيد في المقارنة بين المذاهب الفقهيّة، وتوضح وجوه الاختلاف وأوجه التعليل عند كل مذهب.

---

(١) الأشباه والنظائر، ١/ ٦.

(٢) شرح القواعد الفقهيّة، ص١١.

(٣) روضة الناظر ٢/٤٣.

١٥-أن الحاجة لا تزال ماسة لدراسة جانب المعاملات المالية؛ لتعلق حياة الناس بها ومعاملاتهم.

١٦-معرفة أن الفقهاء وإن استثنوا صورًا لم يرد النص باستثنائها، إلا أن ذلك لم يكن تحكمًا منهم، بل لمآخذ رأوها معتبرة عندهم، وهم في ذلك غير معصومين، فكان من المهم الوقوف على هذه المآخذ وبيان ما يوافق النص منها وما يخالفه.

أسباب اختيار الموضوع:

١-ما ذكرته آنفًا في أهمية الموضوع.

٢-رغبة الباحث في خدمة الفقه الإسلاميّ عن طريق خدمة هذا العلم وإبرازه.

٣-رغبة الباحث في الإفادة من البحث وهذا العلم تعلمًا وتعليمًا وتصور مسائله بصورة صحيحة.

٤-رغبة الباحث في تقديم إضافة في عرض الفقه؛ لتكون منهجًا يسلكه المؤلفون في الفقه الإسلاميّ.

أهداف الموضوع:

١-إبراز علم المستثنيات الفقهيّة، وإظهاره، وإثارة الاهتمام به لدى العلماء وطلبة العلم؛ ليكتبوا فيه، وجَمْع أهم مسائله؛ ليتبين بها المقصود من العلم.

٢-تشجيع الباحثين على التأليف في الفقه بهذه الطريقة؛ لما فيه من توضيح الفقه وتقريبه للناس.

الدراسات السابقة:

لم أجد -فيما أعلم-من كتب في هذا الموضوع ودرسه دراسة مؤثرة تمنع من الخوض فيه، لكن هناك من تكلم عن الاستثناء في القواعد الفقهيّة في ثنايا كلامهم عن القواعد الفقهيّة كما فعل الزركشيّ والسيوطيّ وابن نجيم، وهناك من اعتنى به اعتناءً خاصًّا كالإمام الفتَّاكيّ (ت ٤٤٨هـ) في كتابه المناقضات الذي ذكر بعض العلماء أن موضوعه هو (الحصر والاستثناء)، كما أن الإمام تاج الدين ابن السبكيّ (ت ٧٧١هـ) اعتنى بالاستثناء في كتاب له كبير في الأشباه والنظائر، وهو غير كتاب الأشباه والنظائر المطبوع المعروف، وللإمام عيسى الغَزِّيّ الشافعيّ (ت ٧٩٩هـ) كتاب عن القواعد، ذكر فيه القاعدة وما يستثنى منها، كما أن الإمام البكريّ المتوفى بعد

سنة (٨٠٦هـ) له كتاب (الاستغناء في الفرق والاستثناء) وهو مختص بالفروق والاستثناءات من القواعد الفقهيّة مرتبة على الأبواب الفقهيّة، وقد قام الدكتور سعود بن مسعد الثبيتيّ بتحقيقه في رسالة علمية تقدم بها الباحث لنيل درجة الدكتوراه من كلية الشريعة والدراسات الإسلاميّة بجامعة أم القرى، وقد قَدَّم الباحث للتحقيق بقسمٍ دراسيّ تناول فيه موضوعات عِدَّة، من بينها بعض قضايا الاستثناء؛ إذْ تحدث عن تعريف الاستثناء في اللغة وعند الأصوليّين، ولم يتحدث عن تعريف الاستثناء من القواعد، كما تحدث عن أهم الكتب التي تُعْنى بذكر الاستثناء، ولكنه تناول هاتين القضيتين بشكل مختصر جدًّا؛ إذْ تحدث عنهما في نحو ثلاث صفحات فقط، كما أنه ترك قضايا أخرى تندرج في الدراسة النظريّة للاستثناء [١].

ولشهاب الدين القرافيّ (ت ٦٨٤هـ) كتاب الاستغناء في الاستثناء وهو في تأصيل علم الاستثناء؛ إذ قسم المؤلف الاستثناء إلى أقسام، ويتعرض في كل قسم لنصوص الوحيين في الفقه أو في غيره، والمراد هو التمثيل والتوضيح لا الحصر، أما بحثي فالغرض منه جمع الفروع الفقهيّة المستثناة [٢].

وهناك مؤلفات معاصرة في الاستثناء هي:

١-الاستثناء عند الأصوليّين للدكتور أكرم أوزيقان، وهي رسالة تقدم بها الباحث لنيل شهادة الماجستير في أصول الفقه في الجامعة الإسلاميّة عام ١٤٠٤هـ، وهذا الكتاب أصوليّ بحت وليس فقهيًّا؛ إذ الغرض من هذا البحث التقعيد الأصوليّ، أما الفروع الفقهيّة التي ذكرها الباحث فلم تكن مقصودة من البحث، وإنما يذكرها في سياق التمثيل؛ ولهذا جاءت محدودة، أما بحثي فالغرض منه جمع الفروع الفقهيّة المستثناة، وخلاصة ما ذكره هو تعريف الاستثناء، وأدواته، وشروطه، وأقسامه،

---

(١) انظر: مقدمة (الاستثناء من القواعد الفقهيّة، أسبابه وآثاره) للدكتور عبد الرحمن الشعلان، ص٦-١١، ومقدمة (تحقيق الاستغناء في الفرق والاستثناء) ١/٨٣-٨٦.

(٢) انظر: مقدمة المؤلف للكتاب، ص٨ وما بعدها.

وفي تعدد الاستثناء، ومقاديره، وتقدير دلالته، والاستثناء من العدد، ثم تكلم عن مفهوم الاستثناء وقواعد متفرقة فيه، ثم تكلم عن استثناء المجهولات، وتحقيقات، وتقسيمات استثنائية [١].

٢-المستثنيات في العبادات والمعاملات وقواعدها الشرعيّة التي تَرِدُ عليها في الفقه الإسلاميّ، إعداد: الباحث نجاح عثمان أبو العينين إسماعيل، وهذا البحث رسالة علمية تقدم بها الباحث لنيل درجة الماجستير من كلية الشريعة والقانون بجامعة الأزهر في عام ١٤١٧هـ، ويظهر من عنوانها أن مقصود الباحث دراسة المستثنيات في العبادات والمعاملات دراسة فقهيّة، ولكن الباحث قدَّم للرسالة بفصل سمَّاه: (الفصل التمهيديّ) تحدث فيه عن موضوعات عِدَّة تتعلق بالجوانب النظريّة للقواعد الفقهيّة، ومن بينها الاستثناء من القواعد، تحدث فيه عن تعريف الاستثناء في اللغة وفي اصطلاح الأصوليّين، وذلك في نصف صفحة، ثم تحدث لاحقًا عن معنى المستثنيات من القواعد، وذلك في ثلاثة أسطر، ولم يتحدث عن موضوعات أخرى تتصل بالجانب النظريّ للاستثناء سوى ما سبق [٢]، والمناسب لحقيقة هذه الرسالة أن يكون عنوانها: (المستثنيات من القواعد الفقهيّة في العبادات والمعاملات) وهو ما عبر به الباحث في أبواب الرسالة؛ إذ قال في الباب الأول: (المستثنيات من القواعد الفقهيّة في العبادات)، وقال في الباب الثاني: (المستثنيات من القواعد الفقهيّة في المعاملات) [٣].

٣-الاستثناء في القواعد الفقهيّة، لسعاد أوهاب بنت محمد الطيب، وهي رسالة ماجستير مقدمة من الباحثة، وملامح هذه الرسالة تتضح في النقاط الآتية:

أ-أنها مختصة بالقواعد الفقهيّة العامة؛ إذْ قالت في مقدمتها: "اخترت في هذه المحاولة أن أتناول مجموعة من القواعد الفقهيّة العامة كنموذج تطبيقيّ؛ لتوضيح ظاهرة الاستثناء في القواعد عمومًا بشرح أسبابه، ثم أذكر المسألة المستثناة دون التقيد بمذهب بعينه، أعرض فيه القاعدة الفقهيّة العامة بالشرح والتطبيق عليها، ثم أردفها بأمثلة تطبيقيّة لما استثني منها من فروع ضمن السبب

(١) انظر: مقدمة الباحث لرسالته، ص١٢ وما بعدها.

(٢) انظر: ص ١٠-١٢ من الرسالة نفسها.

(٣) وهذا ما نبه له الدكتور عبد الرحمن الشعلان في مقدمة (الاستثناء من القواعد الفقهيّة، أسبابه وآثاره)، ص ١٤.

المذكور..." [1]، وقد خالف بحثي بحثها في أن بحثي عام في المستثنيات الفقهيّة في المعاملات المالية سواء أكان المستثنى منه نصًا شرعيًا بمنطوقه ومفهومه، أم اجتهاد فقيه، أم دليلًا مختلَفًا فيه، أم شرطًا أم مانعًا، أم مما لم ينص عليه الفقهاء مما اسْتُنْبِطَ من كلامهم.

ب-أنها لم تلتزم حصر المستثنيات من كل قاعدة؛ إذْ قالت: "كما أنني لم آتِ على كل الاستثناءات من كل قاعدة؛ لأن هذا يطول، بل يستحيل، لكن أخذت بعض المسائل كنماذج في خروجها عن حكم كليتها لتلك الأسباب المذكورة" [2]، وأنا قد التزمت تقصي كل المستثنيات الموجودة في المعاملات المالية.

ج-أنها لم تلتزم التحقق من صحة الاستثناء وهذا ثمرة بحثي؛ لأن الاستثناء قد يكون موجودًا لكن أدلته ضعيفة لا يُعوّل عليها ويترجح خلافه إما لهذا السبب وإما لغيره كما سيتبين في بحثي.

د-أنها لا تقرن ما تذكره من الأقوال بأدلة أصحابها إلا نادرًا، ولا تناقش الأدلة، ولا تذكر ثمرة الخلاف، وقد ذكرت في مقدمتها أن: "الأمثلة التطبيقيّة لمفردات القاعدة تنطبق عمومًا على المذهب الحنفيّ تبعًا للشروح التي اعتمدتها في (شرح القواعد)، ولم أرَ ضرورة في تحقيقها على المذاهب الأخرى" [3]؛ وذلك لأنها إنما أرادت التمثيل فقط لبيان القاعدة، وليس المقصود تحرير المسائل وتحقيقها على المذاهب المعتبرة كما هو الحال في بحثي؛ لذا فإنها في بحثها لم تلتزم المقارنة بين المذاهب الأربعة.

٤-الاستثناء من القواعد الفقهيّة: أسبابه وآثاره، للدكتور عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، بحث علميّ محكَّم مفيد ومتميز، وهو مختص بالقواعد الفقهيّة، واكتفى بما يوضح القاعدة من الأمثلة إذ قال: "وقد اخترت التركيز على قواعد (مجلة الأحكام العدلية)... كما أنني قمت بجرد لمعظم كتب القواعد الفقهيّة لدى المتقدمين والمعاصرين... ثم قال: والعناية بضرب الأمثلة التي توضح الجانب النظريّ من الدراسة" [4]، كما أنه اقتصر في بحثه على أسباب الاستثناء من القواعد الفقهيّة وآثاره.

---

(١) انظر: مقدمة الباحث في الرسالة ذاتها، ص١٥-١٦.

(٢) مقدمة الباحثة في الرسالة نفسها، ص١٦.

(٣) المصدر السابق، ص ١٦.

(٤) انظر مقدمة الباحث في الرسالة ذاتها ص١٧-١٩.

٥-الاستثناء وتطبيقاته في الفقه الإسلاميّ: وهو بحث تكميليّ تقدم به الباحث عبد الله الحبجر لنيل درجة الماجستير في جامعة الملك سعود، وبحكم تقارب موضوعيّ وموضوعه فإني سأفصل ذكر الفروقات والملاحظات على النحو الآتي:

أولًا-أن هدف بحثه هو تقرير قواعد الاستثناء مع دراسة بعض المسائل، فهو ينتقي بعض المسائل من بعض الأبواب، وهو ما أشار إليه الباحث في الباب الثاني إذ قال: "الباب الثاني: بعض تطبيقات الاستثناء في الفقه الإسلاميّ وفيه انتقاء بعض الأمثلة من كتب الفقه" (١)، وسار على هذه الطريقة في بحثه كلِّه.

ثانيًا-أنه لا يعد بحثًا فقهيّا مقارنًا؛ إذْ ترك جملة من المسائل بل جملة من الأبواب بلا دراسة فقهيّة مقارنة، كما صنع في أبواب المعاملات؛ إذْ سرد ٢٧ مسألة بلا تفصيل فقهيّ، ولا ذكر لأدلة الأقوال، وبلا مناقشة وترجيح، ولم يتحقق من صحة الاستثناء وعدمه، وهذا ما أفقد البحث ثمرته؛ إذ ليست العبرة معرفة الاستثناء بل العبرة معرفة ما يصح منه بالدليل، وهو الذي تعبدنا الله -عزَّ وجلَّ-به، وهو ما أقر به الباحث في مقدمة بحثه إذ قال: "وقد حاولت جاهدًا ومن خلال المسائل العلمية المطروحة في البحث أن أستوفي المذاهب الأربعة خاصة وغيرها -إن تيسر-غير أن مرادي لم يتحقق في جميع المسائل" (٢)،والمتتبع للبحث يرى جليًّا أن البحث في غالبه نظريّ، وما أورده من أمثلة إنما هي للتوضيح وليس الغرض من البحث جمع المستثنيات ولا التحقق من صحتها - كما هو بحثي-.

ثالثًا-أن بحثه مختصر جدًا؛ إذ لم يتناول من أبواب المعاملات إلا ستة أبواب، وهي: (البيع، والإجارة، والسلم، والهبة والعطية، والوكالة، والشركة) وقد جمع ٢٧ مسألة سردها سردًا في ١٣ صفحة، أما بحثي فقد استقصيت المسائل في أبواب المعاملات كلها؛ إذ بلغت ٧٥ مسألة وهي دراسة فقهيّة مقارنة لكل استثناء مع بيان سبب الاستثناء وصحته من عدمه.

ولعلي أورد بعض الأمثلة ليتبين وجه ما ذكرت إذ قال في "المبحث الثالث: بعض تطبيقات الاستثناء في السلم:

---

(١) انظر: مقدمة الباحث من الرسالة نفسها، ص٢-٥.

(٢) انظر: مقدمة الباحث من الرسالة نفسها، ص٣.

المسألة الأولى–كل ما لا ينضبط إلا بالكيل فهو مكيل، وإلا موزون واستثنى مالك وبعض الشافعيّة اللؤلؤ الصغار، فيجوز السلم فيها كيلًا ووزنًا، فانضباطها ممكن بالموازين، ويقال في الوقت الحاضر: إن موازين الجواهر من أدق الموازين.

المسألة الثانية–السلم في اللبن جائز، عند الحنفيّة والشافعيّة واستثنى الشافعيّة من ذلك: السلم في اللبن الحامض.

المسألة الثالثة–استثنى الحنفيّة التفاوت اليسير في السلم في البيض والجوز؛ لاصطلاح الناس على إهدار التفاوت، بخلاف البطيخ والرمان؛ لأنه يتفاوت آحاده تفاوتًا فاحشًا.

المسألة الرابعة–ما لا يجوز سلمه لا يجوز قرضه إلا في مسائل:

١–الخبز في قول للشافعيّة.

٢–الجزء من الدار، لا يجوز السلم فيه ويجوز قرضه.

٣–الدنانير والدراهم، يجوز قرضها، ولا يجوز السلم فيها.

المسألة الخامسة–المسلم فيه شرطه أن يكون منضبط الصفات، واستثنى النوويّ من ذلك السكر والدبس وهو عصارة الرطب أو العنب، واللّبأ وهو أول اللبن في النتاج" (١). وهذا كل ما ذكره في باب السلم وهذا عمله في باب المعاملات كاملًا وغالب بحثه كذلك.

٦–المستثنيات بالنص من المنهيّات في غير العبادات والمعاملات للباحثة نهال بنت إبراهيم أبا حسين، وهي رسالة ماجستير مقدمة لقسم الفقه بكلية الشريعة في جامعة الإمام محمد ابن سعود الإسلاميّة عام ١٤٢٨–١٤٢٩هـ، وهي تفارق بحثي في ثلاثة أمور:

أ–أنها خاصة في المستثنيات بالنص وبحثي عام في المستثنيات بالنص والظاهر والمنطوق والمفهوم والشرط والمانع والاجتهاد والقياس؛ لذا فإن بحثي أعم من هذا الوجه.

ب–أنها خاصة في المنهيّات وبحثي عام في المنهيّات وغيرها.

ج–أنها في غير العبادات والمعاملات وبحثي في المعاملات المالية، فلا تقاطع بين الموضوعين ألبته.

---

(١) ص١٠٦–١٠٧ من الرسالة ذاتها.

٧-المستثنيات بالنص من المنهيّات في العبادات والمعاملات للباحثة إيمان الشلهوب، وهي رسالة ماجستير مقدمة لقسم الفقه بكلية الشريعة في جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلاميّة عام ١٤٣٠-١٤٣١هـ، وهي تفارق بحثي في ثلاثة أمور:

أ-أنها خاصة في المستثنيات بالنص وبحثي عام في المستثنيات بالنص وغيره.

ب-أنها خاصة في المنهيّات وبحثي عام في المنهيّات وغيرها.

ج-بسبب اختلاف الضابط بين الموضوعين لم تتفق خطة الموضوع المقدم مع هذه الرسالة إلا في ثلاث مسائل، وهي:

الأولى-استثناء بيع العرايا من النهي عن بيع المزابنة.

الثانية-استثناء الخيل والإبل والسهام والأقدام ومسائل الفقه من النهي عن المسابقة بعوض.

الثالثة-استثناء الأب من عدم جواز رجوع الواهب في هبته.

٨-المستثنيات بالنص من الأوامر في الفقه الإسلاميّ للباحث مسفر القحطاني، وهي رسالة مقدمة لنيل درجة الماجستير في قسم الفقه في كلية الشريعة بجامعة الإمام محمد بن سعود الإسلاميّة عام ١٤٣٣-١٤٣٤هـ، وهي تفارق بحثي في أربعة أمور:

أ-أنها خاصة في المستثنيات بالنص وبحثي عام في الاستثناء بالنص وغيره، فبحثي أعم من هذا الوجه.

ب-أنها خاصة في الأوامر وبحثي يتناول الأوامر وغيرها.

ج-أنها اقتصرت على ذكر المستثنيات بأدوات الاستثناء - إلا أو إحدى أخواتها-وبحثي أعم من هذا الوجه؛ إذ أذكر ما صرّح الفقهاء فيه بالاستثناء، سواء بأدوات الاستثناء وغيرها، وما لم يصرحوا فيه مما أستنبطه من أقوالهم.

د-أنها مختصرة جدًّا؛ إذ لم يذكر الباحث في باب المعاملات سوى أربع مسائل؛ وذلك لضيق الضابط الموضوع لبحثه، كما أن هذه المسائل لا تتقاطع مع مسائل بحثي؛ وذلك لخروجها عن الضابط المعتمد لهذا البحث.

٩-المستثنيات باجتهاد الفقهاء، وقد بُحِثَ في أبواب عِدَّة لعدد من الباحثين في رسائل ماجستير في قسم الثقافة الإسلاميّة في جامعة الملك سعود وبيانها كالآتي:

-كتاب الطهارة للباحث محمد قحل في عام ١٤٣٣-١٤٣٤هـ.

-كتاب الصلاة للباحث عمر الشهريّ في عام ١٤٣٢-١٤٣٣هـ.

-من أول كتاب الزكاة إلى نهاية كتاب الجهاد للباحث أيمن الشدوخي في عام١٤٣١-١٤٣٢هـ.

وهي تفارق بحثي بأمرين:

أ-أنها في المستثنيات باجتهاد الفقهاء وبحثي عام في اجتهادات الفقهاء وغيرها؛ لذا فإن بحثي أعم من هذا الوجه.

ب-أنها في العبادات وبحثي متعلق في المعاملات المالية.

-أبواب المساقاة والمزارعة والإجارة للباحث فهد العيبان في عام ١٤٣٣-١٤٣٤هـ، وهي تفارق بحثي بأمرين:

أ-أنها أخص من بحثي؛ لاقتصارها على المستثنيات باجتهاد الفقهاء.

ب-اقتصارها على أبواب المساقاة والمزارعة والإجارة من دون بقية أبواب المعاملات؛ لذا فإن بحثي أعم منها من هذين الوجهين.

ج-أن الباحث ذكر ٣٥ مسألة، أربعًا منها ذكرت في بحثي وذلك لخروج البقية عن مضمون بحثي بمقتضى الضابط وهي:

الأولى-استثناء الكلب من جواز استئجار الحيوان للصيد به.

الثانية-استثناء حال ما إذا أجّر الشريكان معًا من عدم صحة إجارة المشاع لأجنبيّ.

الثالثة-استثناء إجارة العين لمن هي في إجارته من وجوب الموالاة بين المدة المعقود عليها والعقد.

الرابعة-استثناء حال التعدي أو التفريط من عدم الضمان على الأجير الخاص.

كما أن الباحث يستثني من القواعد الفقهيّة وهو خارج محل بحثي تمامًا.

-كتاب الوقف للباحث محمد المديني في عام ١٤٣٣-١٤٣٤هـ، وهي تفارق بحثي في أمرين:

أ-أنها أخص من بحثي؛ لاقتصارها على المستثنيات باجتهاد الفقهاء.

ب-أنها مقتصرة على كتاب الوقف وبحثي عام في أبواب المعاملات المالية.

الإضافة العلمية في البحث:

١-أن البحث اشتمل على تأصيل لعلم جليل اهتم به العلماء وهو علم المستثنيات الفقهيّة، وقد اشتمل البحث على تأصيل هذا الفن بالدليل وبيان عناية العلماء به.

٢-اشتمال البحث على نموذج تطبيقيّ يوضح المراد بالعلم وطريقة الكتابة فيه لمن أراد، وهو في الحقيقة تتبع واستقراء وتحليل لكلام العلماء، واستخراج من بطون الكتب، وفيه ترتيب وتقريب لهذه المسائل التي لا تجدها في كتب الفقه بهذا الجمع والترتيب، والذي يعين على فهم المسألة واستيعابها.

٣-في هذا البحث تم جرد واستخراج واستنباط المستثنيات الفقهيّة -سواء أكانت من نص أم من ظاهر أم من منطوق أم من مفهوم أم من شرط أم من مانع-على ترتيب الأبواب الفقهيّة في المعاملات المالية، وبيان الراجح من صحة الاستثناء أو عدمه، مع بيان سبب الاستثناء.

٤-أن البحث يجمع بين المنهج الاستقرائيّ والتحليليّ والاستنباطيّ والتطبيقيّ، وهذا نادرًا ما يجتمع؛ ليس لصعوبته فحسب، بل لأنه يحتاج إلى طول نفس وصبر.

منهج البحث:

١-بيان الاستثناء، والاستدلال عليه، وذكر الأقوال والأدلة ومناقشتها وبيان الراجح، كما أبين القاعدة المرتبطة بالاستثناء وسبب الاستثناء إن وجدا.

٢-إذا كانت المسألة المستثناة غير منصوص عليها وتوصلت لها بالاجتهاد والاستنباط فأوضحه عن طريق التتبع والاستقراء لفروع المسائل ذات العلاقة في الباب، مع ذكر سبب الاستثناء إن وجد.

٣-تحرير محل النزاع في المسألة، ثم ذكر الأقوال المعتمدة في المذاهب الأربعة، مع ذكر الأدلة والترجيح، وذكر ثمرة الخلاف إن وجدت.

٤-توثيق الأقوال من كتب المذاهب المعتمدة.

٥-الاعتماد على أمهات المصادر والمراجع الأصيلة في التحرير والتوثيق والتخريج والجمع.

٦-التركيز على موضوع البحث، وتجنب الاستطراد.

٧–تجنب ذكر الأقوال الشاذة.

٨–تخريج الأحاديث من مصادرها الأصلية وإثبات الكتاب والباب والجزء والصفحة، وبيان ما ذكره أهل الشأن في درجتها –إن لم تكن في الصحيحين أو أحدهما–فإن كانت كذلك فأكتفي حينئذ بتخريجها منهما.

٩–تخريج الآثار من مصادرها الأصلية، والحكم عليها.

١٠–العناية بقواعد اللغة العربية والإملاء وعلامات الترقيم، ومنها علامات التنصيص للآيات الكريمة وللأحاديث الشريفة وللآثار ولأقوال العلماء، وأميز العلامات أو الأقواس ليكون لكل منها علامته الخاصة.

١١–ترقيم الآيات وبيان سورها مضبوطة بالشكل.

١٢–ترجمة الأعلام غير المشهورين بإيجاز بذكر الاسم، والنسب، وتاريخ الوفاة، والمذهب العقديّ والفقهيّ، والعلم الذي اشتهر به، وأهم مؤلفاته، ومصادر ترجمته.

١٣–التعريف بالمصطلحات من كتب الفن الذي يتبعه المصطلح، أو من كتب المصطلحات المعتمدة.

١٤–توثيق المعاني من معاجم اللغة المعتمدة وتكون الإحالة عليها بالمادة والجزء والصفحة.

١٥–إذا ورد في البحث ذكر أماكن أو قبائل أو فرق أو أشعار أو غير ذلك أُعَرِّف بها مع وضع فهارس مختصة بها إن كان لها من العدد ما يستدعي ذلك.

١٦–تُعَدُّ الخاتمة ملخصًا للبحث يعطي فكرة واضحة عما تضمنه البحث، مع إبراز أهم النتائج والتوصيات.

١٧–إتباع البحث بالفهارس الفنية المعتبرة، وهي:

–فهرس الآيات.

–فهرس الأحاديث والآثار.

–فهرس تراجم الأعلام.

–فهرس المصادر والمراجع.

–فهرس الموضوعات.

ضابط البحث:

المسائل المستثناة بنص أو اجتهاد خاصَّين من مسائل المعاملات المالية، سواء أكان الاستثناء بأداة استثناء أم كان بدونها، فلا يدخل في نطاق البحث ما كان مستثنى بالأدلة العامة مما هو خارج عن أصل المسألة وصورتها؛ وعليه فلا يدخل: ما يشترطه المتعاقدان وذلك كقولهم: "إلا أن يشترطه المشتري ..."، ولا يدخل ما يتراضى به المتعاقدان كقولهم: "إلا أن يرضى..."، ولا يدخل ما كان من باب الضرورة والحاجة، ولا يدخل ما يستثنى بالنية كقولهم: "إلا أن ينوي كذا..."، أو قولهم: "إلا أن يريد كذا..."، ولا ما يتفق عليه طرفا العقد كقولهم: "إلا أن يتفقا..."، ولا يدخل ما كان من باب العجز كقولهم: "إلا أن يعجز..."، ولا يدخل ما كان من باب المانع كقولهم: "إلا أن يمنع منه مانع" وهذا مختلف عن الاستثناء من المانع الذي يُعَدُّ من صلب بحثي؛ وذلك أن الشروط في العقود والضرورة والحاجة ورضا المتعاقدين والنية واتفاق المتعاقدين ووجود العجز والمانع كلها أسباب خارجة عن أصل الاستثناء، والمراد بالبحث هو المسائل المستثناة بدليل خاص بها سواء أكان هذا الدليل الخاص نصًّا أم اجتهادًا.

خطة البحث:

اشتمل هذا البحث على مقدمة، وفصل تمهيديّ، وبابين، وخاتمة، وفهارس.

المقدمة–تشتمل على أهمية الموضوع، وأسباب اختياره، وأهدافه، والدراسات السابقة، والإضافة العلمية في البحث، ومنهج البحث، وخطة البحث.

الفصل التمهيديّ–في بيان حقيقة الاستثناء، وأدواته، وأقسامه، وأسبابه، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول–بيان حقيقة الاستثناء وأركانه وشروطه وأدواته، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول–تعريف الاستثناء لغةً واصطلاحًا.

المطلب الثاني–أركان الاستثناء وشروطه.

الفرع الأول–تعريف المعاطاة وبيان حكمها.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الشيء اليسير.

المبحث الثاني–المستثنيات في شروط البيع، وفيه اثنا عشر مطلبًا:

المطلب الأول–استثناء الإكراه بحق من الإكراه الذي يبطل به البيع، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع المكره.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الإكراه بحق.

المطلب الثاني–استثناء الشيء اليسير من عدم صحة بيع الصبيّ المميز والسفيه بدون إذن وليهما، وفيه فرعان:

الفرع الأول–تعريف الصبيّ المميز والسفيه وبيان حكم بيعهما من دون إذن وليهما.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الشيء اليسير.

المطلب الثالث–استثناء بيع دود القَزِّ مع قَزِّه من عدم جواز بيع دود القز، وفيه فرعان:

الفرع الأول–تعريف دود القَزِّ وبيان حكم بيعه.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء بيع دود القَزِّ مع قَزِّه.

المطلب الرابع–استثناء بيع النحل في كُوَّارته مع العسل من عدم جواز بيع النحل، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع النحل.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء بيع النحل في كُوَّارته مع العسل.

المطلب الخامس–استثناء بيع كلب الصيد من النهي عن بيع الكلب، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع الكلب.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء كلب الصيد.

المطلب السادس–استثناء بيع الأدهان النجسة للكافر العالم بنجاستها من النهي عن بيعها، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع الأدهان النجسة.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء بيعها للكافر العالم بنجاستها.

المطلب السابع–استثناء بيع لبن الغنم الكثيرة معلومة الحِلاب مدة معلومة من النهي عن بيع اللبن في الضرع، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع اللبن في الضرع.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء بيع لبن الغنم الكثيرة معلومة الحِلاب مدة معلومة.

المطلب الثامن–استثناء ما قد رآه الأعمى قبل العمى مما لا يتغير من عدم صحة بيعه وشرائه، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع الأعمى وشرائه.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما قد رآه الأعمى قبل العمى مما لا يتغير.

المطلب التاسع–استثناء حال السفر دون الحضر من عدم جواز بيع الحيوان المأكول واستثناء المشتري رأسه أو جلده أو أطرافه، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع الحيوان المأكول واستثناء المشتري رأسه أو جلده أو أطرافه.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء حالة السفر دون الحضر.

المطلب العاشر–استثناء ما فيه نفع من الحشرات من عدم جواز بيع الحشرات، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع الحشرات.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما فيه نفع.

المطلب الحادي عشر–استثناء من يتخذ العصير خمرًا من جواز بيع العصير، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع العصير.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء من يتخذ العصير خمرًا.

المطلب الثاني عشر–استثناء وقت الفتنة من جواز بيع السلاح، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع السلاح.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء وقت الفتنة.

المبحث الثالث–المستثنيات في الشروط في البيع، وفيه مطلب واحد هو:

استثناء بيع العربون من عدم جواز البيع المعلق على شرط، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم البيع المعلق على شرط.

الفرع الثاني–تعريف بيع العربون والتحقيق في استثنائه.

المبحث الرابع–المستثنيات في باب الخيار، وفيه مطلبان:

المطلب الأول–استثناء التفرق بالبدن، والتخاير، وإسقاط الخيار ابتداءً، وموت أحد العاقدين، والتصرف في المبيع زمن الخيار، من ثبوت خيار المجلس للمتبايعين، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم خيار المجلس.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء التفرق بالبدن، والتخاير، وإسقاط الخيار ابتداءً، وموت أحد العاقدين، والتصرف في المبيع زمن الخيار.

المطلب الثاني–استثناء تعذر رد المبيع من عدم جواز أخذ الأرش في المعيب إذا لم يعلم عيبه، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم أخذ الأرش لمن اشترى معيبًا لم يعلم عيبه.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء تعذر رد المبيع.

المبحث الخامس–المستثنيات في باب الربا والصرف، وفيه مطلب واحد هو:

استثناء بيع العرايا من النهي عن بيع المزابنة، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع المزابنة.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء بيع العرايا.

المبحث السادس–المستثنيات في باب بيع الأصول والثمار، وفيه مطلبان:

المطلب الأول–استثناء البيع بشرط القطع في الحال والبيع لمالك الأصل من النهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه والزرع قبل اشتداد حبه، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع الثمر قبل بدو صلاحه والزرع قبل اشتداد حبه.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء البيع بشرط القطع في الحال والبيع لمالك الأصل.

المطلب الثاني–استثناء ما تهلكه الجائحة من الثمر على أصوله إذا كان فيما دون الثلث من وجوب الضمان على البائع، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم الضمان فيما تهلكه الجائحة من الثمر على أصوله.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء مادون الثلث.

المبحث السابع–المستثنيات في باب السلم، وفيه مطلب واحد هو:

استثناء السلم من النهي عن بيع المعدوم، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع المعدوم.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء السلم.

المبحث الثامن–المستثنيات في باب الشركة، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول–استثناء مادون النصف من عدم صحة شركة العنان بالمغشوش من الأثمان، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم شركة العنان بالمغشوش من الأثمان.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما دون النصف.

المطلب الثاني–استثناء السفر المخوف من جواز السفر بالمال للمضارِب، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم السفر بالمال للمضارِب.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء السفر المخوف.

المطلب الثالث–استثناء إذا كان المضارب الأول يتضرر بمضاربة المضارِب لآخر من جواز مضاربته لآخر، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم مضاربة المضارِب لآخر.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء إذا كان المضارِب الأول يتضرر.

المطلب الرابع–استثناء الشركة في اكتساب المباحات وحال اختلاف الصنائع والمكان من صحة شركة الأبدان، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم شركة الأبدان.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الشركة في اكتساب المباحات وحال اختلاف الصنائع والمكان.

المبحث التاسع–المستثنيات في باب المساقاة، وفيه مطلب واحد:

المطلب الأول–استثناء النخل والكرم من عدم جواز المساقاة، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم المساقاة.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء النخل والكرم.

المبحث العاشر–المستثنيات في باب الإجارة، وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول–استثناء الكلب من جواز استئجار الحيوان للصيد به، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم استئجار الحيوان للصيد به.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الكلب.

المطلب الثاني–استثناء المصحف من جواز إجارة الكتب للقراءة فيها، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم إجارة الكتب للقراءة.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء المصحف.

المطلب الثالث–استثناء حال ما إذا أجّر الشريكان معًا من عدم صحة إجارة المشاع لأجنبيّ، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم إجارة المشاع لأجنبيّ.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما إذا أجّر الشريكان معًا.

المطلب الرابع–استثناء إجارة العين لمن هي في إجارته من وجوب الموالاة بين المدة المعقود عليها والعقد، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم الموالاة بين المدة المعقود عليها وعقد الإجارة.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء من كانت العين في إجارته.

المطلب الخامس–استثناء حال التعدي أو التفريط من عدم الضمان على الأجير الخاص، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم الضمان على الأجير الخاص.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء حال التعدي أو التفريط.

المطلب السادس–استثناء المطعوم من جواز إجارة الأرض بالعروض، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم إجارة الأرض بالعروض.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء المطعوم من سائر العروض.

المطلب السابع–استثناء الظئر من عدم جواز إجارة الحيوان لأخذ لبنه، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم إجارة الحيوان لأخذ لبنه.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الظئر.

المبحث الحادي عشر–المستثنيات في باب السبق، وفيه مطلبان:

المطلب الأول–استثناء الخيل والإبل والسهام والأقدام ومسائل الفقه من النهي عن المسابقة بعوض، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم المسابقة بعوض.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الخيل والإبل والسهام والأقدام ومسائل الفقه.

المطلب الثاني–استثناء المفضول في المسابقة من جواز الفسخ لكلا الطرفين في عقد المسابقة، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم عقد المسابقة.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء المفضول.

المبحث الثاني عشر–المستثنيات في باب الشفعة، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول–استثناء إسقاط الشفيع حقه قبل البيع من جواز إسقاطه حقه في الشفعة، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم إسقاط الشفيع حقه في الشفعة.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء إسقاط الشفيع حقه قبل البيع.

المطلب الثاني–استثناء ما إذا كان التلف بآفة سماوية من تضمين المشتري إذا تلف بعض المشفوع فيه وهو بيده، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم المشفوع فيه الذي تلف بعضه وهو بيد المشتري.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما إذا كان التلف بآفة سماوية.

المطلب الثالث–استثناء حال النقص من عدم لحوق تغيّر ثمن الشفعة بعد مدة الخيار، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم تغيّر ثمن الشفعة بعد مدة الخيار.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء حال النقص.

الفصل الثاني–المستثنيات الفقهيّة في عقود التبرعات، وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول–المستثنيات في باب العارية، وفيه مطلب واحد:

وهو: استثناء منافع البضع من جواز العارية، وفيه فرعان:

الفرع الأول–مشروعية العارية.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء منافع البضع.

المبحث الثاني–المستثنيات في باب الوديعة، وفيه مطلبان:

المطلب الأول–استثناء حال تلف الوديعة من بين مال المودَع من عدم ضمانه عند عدم التعدي والتفريط، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم ضمان الوديعة بلا تعدٍ ولا تفريط من المودَع.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء حال تلف الوديعة من بين مال المودَع.

المطلب الثاني–استثناء حال ما إذا نهى مالكُ البهيمة المودَعَ عن علفها من وجوب الضمان إذا ماتت البهيمة لعدم علفها، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم ضمان البهيمة المودعة إذا ماتت لعدم علفها من قبل المودَع.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء حال ما إذا نهى مالك البهيمة عن علفها.

المبحث الثالث–المستثنيات في باب الوقف، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول–استثناء الوقف المعلق بالموت من عدم صحة تعليق الوقف على شرط، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم تعليق الوقف على شرط.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الوقف المعلق بالموت.

المطلب الثاني–استثناء المسجد وما حكم بلزومه الحاكم وما أُوصِيَ به بعد الموت من جواز رجوع الواقف في الوقف، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم الرجوع في الوقف.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما حكم بلزومه الحاكم وما أُوصِيَ به بعد الموت.

المطلب الثالث–استثناء حال تعطل المنافع من عدم جواز بيع الوقف، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع الوقف.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء حال تعطل المنافع.

المطلب الرابع–استثناء حال عدم إمكان حصر الموقوف عليهم من وجوب التعميم والتساوي بين الموقوف عليهم، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم التعميم والتساوي بين الموقوف عليهم.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء حال عدم إمكان حصر الموقوف عليهم.

المبحث الرابع–المستثنيات في باب الهبة والعطية، وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول–استثناء غير المكيل والموزون من عدم لزوم الهبة إلا بالقبض، وفيه فرعان:

الفرع الأول–أثر القبض في لزوم الهبة.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء غير المكيل والموزون.

المطلب الثاني–استثناء العُمْرى والرُقْبى من عدم صحة تعليق الهبة بالشرط والوقت، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم تعليق الهبة بالشرط والوقت.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء العُمْرى والرُقْبى.

المطلب الثالث–استثناء تخصيص بعض الولد بالهبة لمعنى يقتضيه من عدم جواز التخصيص، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم تخصيص بعض الولد بالهبة.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء تخصيص بعض الولد بالهبة لمعنًى يقتضيه.

المطلب الرابع–استثناء الأب من عدم جواز رجوع الواهب في هبته، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم رجوع الواهب في هبته.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الأب.

المطلب الخامس–استثناء ما تعذر علمه من عدم صحة هبة المجهول، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم هبة المجهول.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما تعذر علمه.

المبحث الخامس–المستثنيات في باب الوصايا، وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول–استثناء حال موت الموصى له بعد موت الموصِي وقبل قبوله أو رده، والوصية لغير معين من افتقار الوصية إلى قبول الموصى له، وفيه فرعان:

الفرع الأول–اعتبار قبول الموصى له في الوصية.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء حال موت الموصى له بعد موت الموصِي وقبل قبوله أو رده، والوصية لغير معين.

المطلب الثاني–استثناء الحربيّ والمرتد من صحة الوصية لمن يصح تمليكه، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم الوصية لمن يصح تمليكه.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الحربيّ والمرتد.

المطلب الثالث–استثناء الموصَى له بالمنفعة في صحة بيع العين له من عدم صحة بيع العين الموصَى بنفعها، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع العين الموصَى بنفعها.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء مالك نفعها.

المطلب الرابع–استثناء حالة موت الموصِي من جواز عزل الوصي لنفسه، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم عزل الوصي لنفسه.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء حالة موت الموصِي.

الفصل الثالث–المستثنيات الفقهيّة المتعلقة بالديون، وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول–المستثنيات في باب الرهن، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول–استثناء ما يرهنه الشريكان معًا لرجل واحد من عدم صحة رهن المشاع، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم رهن المشاع.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما يرهنه الشريكان معًا لرجل واحد.

المطلب الثاني–استثناء ما كان على ثمن المبيع من جواز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما كان على ثمن المبيع.

المطلب الثالث–استثناء تغير حال العدل من عدم جواز نقل الرهن عن يده، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم نقل الرهن عن يد العدل.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء تغير حال العدل.

المبحث الثاني–المستثنيات في باب الضمان، وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول–استثناء حال تعذر مطالبة المضمون عنه من عدم جواز مطالبة صاحب الحق للضامن، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم مطالبة صاحب الحق للضامن.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء حال تعذر مطالبة المضمون عنه.

المطلب الثاني–استثناء الميت المعسر من صحة ضمان دين الميت، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم ضمان دين الميت.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الميت إذا كان معسرًا.

المطلب الثالث–استثناء ما أتلفت البهيمة إذا كانت في يد إنسان من عدم الضمان فيما أتلفته، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم الضمان فيما أتلفت البهيمة.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما أتلفت البهيمة إذا كانت في يد إنسان.

المطلب الرابع–استثناء آنية الخمر المنتفع بها في غيره من عدم ضمان آنية الخمر إذا كسرت، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم ضمان كسر آنية الخمر.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء آنية الخمر المنتفع بها في غيره.

المطلب الخامس–استثناء ما إذا وثَّق المدين دينه برهن أو كفيل من جواز منع الغريم المدينَ من السفر، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم منع الغريم المدينَ من السفر.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء فيما إذا وثَّق المدين دينه برهن أو كفيل.

المطلب السادس–استثناء حال التعدي والتفريط من عدم الضمان في الأمانات، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم ضمان الأمانات.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء حال التعدي والتفريط.

المطلب السابع–استثناء من عليه حد أو قصاص من صحة الكفالة بالبدن، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم الكفالة بالبدن.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء من عليه حد أو قصاص.

المبحث الثالث–المستثنيات في باب الحوالة، وفيه مطلب واحد:

المطلب الأول–استثناء ما إذا كان المحتال عدوًا للمحال عليه من عدم اشتراط رضا المحال عليه في الحوالة، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم اشتراط رضا المحال عليه في الحوالة.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما إذا كان المحتال عدوًا للمحال عليه.

الباب الثاني–المستثنيات الفقهيّة في التصرفات المالية، وفيه فصلان:

الفصل الأول–المستثنيات الفقهيّة في التصرفات المالية المشروعة، وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول–المستثنيات في باب الحجر، وفيه مطلبان:

المطلب الأول–استثناء الأب من عدم الجواز لولي الصبيّ والمجنون أن يشتري من مالهما شيئًا لنفسه ولا أن يبيعهما شيئًا من نفسه، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم شراء ولي الصبيّ والمجنون من مالهما شيئًا لنفسه أو بيعهما شيئًا من نفسه.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الأب.

المطلب الثاني–استثناء حال المصلحة من عدم جواز بيع عقار الصبيّ والمجنون من قبل الوليّ، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع عقار الصبيّ والمجنون من قبل الوليّ.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء حال المصلحة.

المبحث الثاني–المستثنيات في باب الوكالة، وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول–استثناء الصبيّ المميز المأذون له بالتصرف من عدم جواز التوكيل للصبي المميز، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم التوكيل للصبي المميز.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الصبيّ المميز المأذون له بالتصرف.

المطلب الثاني–استثناء البيع بغير نقد البلد والبيع نَسَاء من جواز البيع للوكيل المطلق في البيع، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم البيع للوكيل المطلق في البيع.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء البيع بغير نقد البلد والبيع نَسَاء.

المطلب الثالث–استثناء المعاصي والأيمان مما يصح التوكيل فيه من الحقوق، وفيه فرع واحد:

وهو: التحقيق في استثناء المعاصي والأيمان.

المبحث الثالث–المستثنيات في باب إحياء الموات، وفيه مطلب واحد هو:

استثناء الأرض المملوكة لمعين وما تتعلق به مصالح القرية من جواز التملك بالإحياء، وفيه فرعان:

الفرع الأول–مشروعية تملك الأرض بالإحياء.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الأرض المملوكة لمعين وما تتعلق به مصالح القرية.

المبحث الرابع–المستثنيات في باب اللُّقطة، وفيه مطلبان:

المطلب الأول–استثناء العُرُوض ولُقَطة الحرم وما يمتنع من صغار السباع من الضَّوال من جواز تملك اللُّقطة عند تمام التعريف بها، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم تملك اللُّقطة عند تمام التعريف بها.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء العُرُوض ولُقَطة الحرم وما يمتنع من صغار السباع من الضَّوال.

المطلب الثاني–استثناء ما كان بعد مضي الحول من عدم الضمان في حال تلف اللُّقطة في يد ملتقطها، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم الضمان إذا تلفت اللُّقطة في يد ملتقطها.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما كان بعد مضي الحول.

الفصل الثاني–المستثنيات الفقهيّة في التصرفات المالية غير المشروعة، وفيه مبحث واحد:

المبحث: المستثنيات في باب الغصب، وفيه مطلبان:

المطلب الأول–استثناء ما إذا كان المغصوب هالكًا من وجوب رد عينه، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم رد المغصوب.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما إذا كان المغصوب هالكًا.

المطلب الثاني–استثناء من غصب خيطًا وخاط به جرح حيوان، وكان الحيوان مأكولًا للغاصب ووجوب الرد حينئذٍ ولزوم ذبح الحيوان من عدم وجوب الرد في حال الخوف عليه من خلعه، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم من غصب خيطًا وخاط به جرح حيوان وخيف عليه من خلعه.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما إذا كان الحيوان مأكولًا للغاصب.

الخاتمة:

تَحْوِي أهم نتائج البحث وتوصياته.

الفهارس العامة:

١–فهرس الآيات القرآنية.

٢–فهرس الأحاديث النبويَّة.

٣–فهرس تراجم الأعلام.

٤–فهرس المصادر والمراجع.

٥–فهرس الموضوعات.

الْفَصْل التَّمْهِيدِيّ

فِي بيانِ حقيقةِ الْاسْتِثْنَاءِ وأدواتِه وأقْسَامِه وأسْبَابِه

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول–بيان حقيقة الاستثناء وأركانه وشروطه وأدواته.

المبحث الثاني–أقسام الاستثناء.

المبحث الثالث–أسباب الاستثناء.

المبحث الأول

بيان حقيقة الاستثناء وأركانه وشروطه وأدواته

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول–تعريف الاستثناء لغة واصطلاحًا:

أولًا–تعريف الاستثناء في اللغة:

جاء في مقاييس اللغة: "الثاء والنون والياء أصل واحد، وهو تكرير الشيء مرتين، أو جعله شيئين متواليين أو متباينين" [١] والألف والسين والتاء في غالب إطلاقاتها في اللغة تكون للطلب [٢]، ومادة (ثني) في اللغة لها معانٍ عِدّة، منها:

١–تكرير الشيء: ومنه سميت الفاتحة بالسبع المثاني؛ لأنها تُثنَّى في الصلاة فتُقرأ في كل ركعة[٣]، ومنه قول النبيّ ﷺ: «لا ثِنَاء في الصدقة»[٤] أي: لا تؤخذ في السنة مرتين [٥]، ومنه قول الشاعر:

أفي جَنْب بَكْرٍ قَطَّعَتني ملامة   لعمري لقد كانت ملامتها ثِنى [٦].

---

(١) مقاييس اللغة لابن فارس ٣٩١/١ مادة (ثني).

(٢) انظر: الاستغناء للقرافيّ ص٩١.

(٣) المرجع السابق، وانظر: تفسير ابن كثير ١٠٢/١.

(٤) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه كتاب الزكاة، من قال لا تؤخذ الصدقة في السنة إلا مرة واحدة ٤٣١/٢ برقم (١٠٧٣٤)، وأورد الزيلعيّ أثرًا عن عمر يؤيده، وذكر أن عليه عمل أبي بكر وعمر وعثمان ﭫ. نصب الراية ٤٤٤/٣.

(٥) النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ٢٤٤/١.

(٦) وهو بيت لكعب بن زهير ابن أبي سلمى. انظر: ديوانه ١٨/١.

ومعنى البيت: أن امرأته لامته في بكر –الفتى من الإبل–نحره، فردَّ عليها بأنه ليس بأول لومِها فقد فَعَلَتْهُ قبل هذا، وهذا ثِنىً بعده [١].

٢–العطف: ومنه قوله تعالى:﴿ أَلَا إِنَّهُمْ يَثْنُونَ صُدُورَهُمْ لِيَسْتَخْفُوا مِنْهُ﴾[٢] أي: يعطفون صدورهم على ما فيها من الكفر والإعراض عن الحق [٣].

٣–الصرف: ومنه قول الأعرابيّ لراعي الإبل: "ألا واثنِ وجوهها عن الماء" والمراد: أي اصرف وجوهها عن الماء كيلا تزدحم على الحوض فتهدمه [٤].

٤–الكف: يُقال: ثِنْي الثوب لما كُفّ من أطرافه [٥].

٥–المحاشاة: يُقال: استثنيت الشيء من الشيء إذا حاشيته [٦]، وهو المراد هنا.

ثانيًا–تعريف الاستثناء اصطلاحًا:

اختلفت عبارات علماء الأصول في تعريف الاستثناء بحثًا منهم عن تعريف جامع مانع له، وعرضها كلها تطويل لا يتسع المجال له؛ فلذلك سأذكر أبرزها مع الاعتراضات الواردة عليها ثم أردف ذلك بالتعريف المختار:

التعريف الأول–"الاستثناء هو ما تفيده إلا وأخواتها المعروفة إخراج بها " [٧].

---

(١) لسان العرب لابن منظور ١٢١/١٤ مادة (ثني).
(٢) سورة هود: الآية ٥.
(٣) فتح القدير للشوكانيّ ٥٤٦/٢.
(٤) لسان العرب لابن منظور ١١٦/١٤ مادة (ثني).
(٥) تهذيب اللغة للأزهريّ ١٠٣/١٥ مادة (ثني).
(٦) لسان العرب لابن منظور ١١٦/١٤ مادة (ثني).
(٧) تيسير التحرير لأمير بادشاه الحنفيّ ٢٨٩/١.

اعترض عليه: أنه غير مانع لدخول غير الاستثناء فيه؛ لأن (إلا) تفيد الاستثناء وغيره، ومن ذلك أنها قد تأتي للصفة كما في قوله تعالى:﴿ لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا ﴾[١] أي: غير الله، فـ(إلا) في هذه الآية ليست استثناء مع أن التعريف يصدق عليها [٢].

التعريف الثاني–أن الاستثناء هو "إخراج بعض الجملة، أو ما يعرض لها من الأحوال، والأزمنة، والبقاع، والمحال، والأسباب، بلفظ لا يستقل بنفسه مع لفظ المخرج" [٣].

اعترض عليه: أن التعبير بـ(إخراج بعض الجملة) غير دقيق؛ لأن المُخرَج هو بعض مدلول الجملة وليس بعض الجملة [٤].

التعريف الثالث–"أنه قول ذو صيغ مخصوصة محصورة دال على أن المذكور فيه لم يرد بالقول الأول" [٥].

اعترض عليه باعتراضين هما:

١–أنه غير جامع؛ فهو ينتقض بآحاد الاستثناءات كقولنا: جاء القوم إلا زيدًا، فإنه استثناء حقيقة، وليس بذي صيغ، بل صيغة واحدة وهي إلا زيدًا.

٢–أنه غير مانع؛ لأنه يبطل بالأقوال الموجبة لتخصيص العموم الخارجة عن الاستثناء، فإنها صيغ مخصوصة وهي محصورة، لاستحالة القول بعدم النهاية في الألفاظ الدالة، وهي دالة على أن المذكور بها لم يرد بالقول الأول، وليست من الاستثناء في شيء، وذلك كما لو قال القائل: رأيت أهل البلد، ولم أر زيدًا، واقتلوا المشركين، ولا تقتلوا أهل الذمة، ومن دخل داري فأكرمه، والفاسق منهم أهنه، وأهل البلد كلهم علماء وزيد جاهل، إلى غير ذلك [٦].

---

(١) سورة الأنبيّاء: الآية ٢٢.

(٢) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين البخاريّ ٢/١٩١.

(٣) وهذا تعريف القرافيّ في الاستغناء ص٩٨.

(٤) انظر: الإحكام للآمديّ ٢/٢٨٧.

(٥) المستصفى للغزاليّ ١/٢٥٧.

(٦) انظر: الإحكام للآمديّ ٢/٢٨٦.

التعريف الرابع–"هو إخراج بعض الجملة بـ إلا أو ما قام مقامها" [1].

واعترض عليه باعتراضين هما:

١–التعبير بـ (إخراج بعض الجملة) وهو كما سبق بيانه في الاعتراض على التعريف الثاني.

٢–أنه غير مانع؛ لدخول بعض الألفاظ التي تقوم مقام (إلا) ويخرج بواسطتها بعض الأفراد، ولا تسمى استثناء، كقولهم: "رأيت القوم ولم أرَ زيدًا" فهذا يقوم مقام قول: "إلا زيد" في إخراج بعض الجملة من الجملة وليس استثناء.

وأما التعريف المختار فإني أرى التعريف الثاني والرابع أجودها، إلا أن التعريف الثاني يعتريه عيب الطول، وهو مأخذ في التعريفات؛ لأن القصد من التعريف بيان ماهية الشيء من دون الخوض في التفاصيل والأمثلة، كما أن التفصيلات المذكورة في التعريف الثاني هي من العوارض التي لا ينفك عنها الكلام، ويدل عليها الكلام بالدلالة الالتزامية؛ لأن كل حدث من الأحداث لا بد أن يقع في زمن، ومكان، وفي حال من الأحوال، فإذا لم يُقيد بحالة معينة فإنه يعم جميع الأحوال بما فيها حالة الاستثناء، فهي من متعلقات الكلام اللازمة، داخلة فيه، وإن لم ينطق بها؛ فلذلك يترجح لدي التعريف الرابع، وما ذُكِر عليه من اعتراضات فإنه يمكن الرد عليها بما يأتي:

أولًا–أن التعبير بالإخراج المراد به إخراج بعض مدلول الجملة عن كله؛ لأن الغرض من الألفاظ معانيها ومدلولاتها، كما أن التعبير بالإخراج قال به متقدمو أهل اللغة، وحينئذ يجب المصير إلى ما قالوه [2].

ثانيًا–أن قولهم في المثال: "رأيت القوم ولم أرَ زيدًا" يقوم مقام قول: "إلا زيد" في إخراج بعض الجملة من الجملة وليس استثناء، يُجاب بأن المراد مما يقوم مقام (إلا) هي أخواتها المعروفة لدى

---

(١) شرح مختصر الروضة للطوفيّ ٢/٥٨١.

(٢) شرح مختصر الروضة للطوفيّ ٢/٥٨١.

أهل اللغة، وأما "لم أرَ زيدًا" في المثال المذكور فليس من تلك الصيغ المعروفة في الاستثناء عند أهل اللغة حتى يقال: إنه يَرِد على مانِعيَّة التعريف؛ لأنه خروج عن العرف اللغوي (١).

شرح التعريف المختار:

(إخراج بعض الجملة) سبق الكلام في معناها في الرد على الاعتراض على التعريف.

(بـ إلا أو ما قام مقامها) وهي: (إلا، حاشا، غير، سوى، بَيْد، ليس، لا يكون، ما عدا، ما خلا، لا سيّما) وهذا قيد احترازيّ لمنع دخول أمرين:

١-المخصصات الأخرى المتصلة؛ إذ إن لكل مُخَصِّص صيغ وأدوات تختلف عن صيغ وأدوات الاستثناء.

٢-الصيغ التي تتضمن الإخراج لكنها ليست باستثناء في عرف اللغة، كقولهم: "أكرم القوم دون زيد" فإن هذا ليس باستثناء لغة.

أما الاستثناء عند الفقهاء: فهو غير ما تقرر عند الأصوليّين، فهم يطلقون الاستثناء في المسائل الفقهية ويريدون به المعنى الأعم من الحد الأصوليّ والنحويّ من جهة أداته، فهو يشمل كل ما يقتضي المغايرة والمخالفة لكلام متقدم، كالاستثناء بواسطة النص والقياس والاجتهاد وغيرها من الأسباب -كما سيأتي-، ومما يؤيد ذلك إطلاقهم الاستثناء لمن يقول لامرأته: أنت طالق إن شاء الله، وهو في التحقيق تعليق (٢).

قال صاحب الإحكام: "الاستثناء هو تخصيص بعض الشيء من جملته أو إخراج شيء ما مما أدخلت فيه شيء آخر، إلا أن النحويّين اعتادوا أن يسموا بالاستثناء ما كان من ذلك بلفظ حاشا وخلا وإلا وما لم يكن وما عدا وما سوى، وأن يجعلوا ما كان خبرًا من خبر كقولك: اقتل

---

(١) انظر: المستصفى للغزاليّ ٢٥٧/١.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٢٢٧/٥، والتاج والإكليل لابن المواق ٧٠/٦، والمجموع للنوويّ ٢٢٨/٩، والمغني لابن قدامة ١٨٩/٤.

القوم ودع زيدًا، مسمى باسم التخصيص لا استثناء، وهما في الحقيقة سواء" [١]. وقال في نهاية المطلب: "ولو قال مستحق الدم: (عفوت إن شاء الله)، فالذي جاء به ليس بعفو، وهذا سمّاه العلماء الاستثناء، وهو في التحقيق تعليق، وسبيل تسمية قول القائل: (أنت طالق إن شاء الله تعالى) استثناء، كسبيل تسمية قول القائل: (أنت طالق إن دخلت الدار) استثناء، وليس يبعد عن اللغة تسمية جميع ذلك استثناء؛ فإن مَنْ أطلق قوله: أنت طالق، كان يقتضي لفظُه وقوعَ الطلاق على الاسترسال من غير تقيُّد بحالٍ، فإذا عقَّب اللفظ بالاستثناء، فكأنه ثَناه عن مقتضى إطلاقه، ثَنْي الحبل عن امتداده، وإنما سُمّي قولُ القائل: أنت طالق ثلاثًا إلا اثنتين استثناء؛ لأن الاستثناء يَثْني موجب اللفظ عن الوقوع" [٢].

وكذلك جاء في المسودة بعد أن ساق تعريف الاستثناء عند النحويّين ومن ذلك حصر صيغه وحروفه، "فقول القائل: رأيت المؤمنين وما رأيت زيدًا ولم أرَ عمرًا أو خالدًا ليس استثناءً عند النحويّين؛ لأن الواو ليس من حروف الاستثناء –ثم قال–: وأما الاستثناء في عرف الفقهاء فهذا منها، ولهذا لو قال: له هذه الدار ولي منها هذا البيت، كان هذا استثناء عندهم، فالاستثناء قد يكون بمفرد وهو الاستثناء الخاص، وقد يكون بما هو أعم من ذلك كالجملة وهو العام، كما أن الاشتراط بالمشيئة هو استثناء في كلام النبيّ ﷺ والصحابة والفقهاء وليس استثناء في العرف النحويّ" [٣].

المطلب الثاني–أركان الاستثناء وشروطه:

أولًا–أركان الاستثناء:

الركن الأول–المستثنى منه: وهو المُخرج منه، مذكورًا كان نحو: قام القوم إلا زيدًا، أو متروكًا نحو: ما قام إلا زيد، وله شروط سنذكرها في شروط الاستثناء [٤].

---

(١) الإحكام لابن حزم ١٠/٤.

(٢) نهاية المطلب للجوينيّ ٢١١/١٤. وانظر كذلك: روضة الطالبين للنوويّ ٩٢/٨.

(٣) المسودة لآل تيمية ص ١٥٤.

(٤) انظر: الجنى الداني في حروف المعاني للمراديّ ص ٥١١.

الركن الثاني–أداة الاستثناء: وهي **(إلا)** أو إحدى أخواتها، وسيأتي تفصيل الكلام فيها في المطلب الثالث.

الركن الثالث–المستثنى: وهو المُخرج: وهو ما خالف حكمه حكم المستثنى منه، وهو الواقع بعد **(إلا)** أو إحدى أخواتها [١].

ثانيًا–شروط الاستثناء:

الشرط الأول–الاتصال:

وذلك بأن يكون الكلام واحدًا غير منقطع، فيكون اتصال المستثنى بالمستثنى منه حقيقة كقولك: "نجح الطلاب إلا زيدًا" من دون انقطاع، أو حكمًا بأن يكون انفصاله وتأخره على وجه لا يدل على أن المتكلم قد استوفى غرضه من الكلام، كالسكوت لانقطاع نَفَس، أو بلع ريق، أو عطاس، أو تثاؤب، فإن انفصل على غير هذا الوجه لغا؛ لأن الاستثناء غير مستقل بنفسه، فهو جزء من الكلام أُتِيَ به لإتمامه وإفادته، لذلك لا يفيد شيئًا إلا إذا اتصل به مباشرة كالمبتدأ والخبر [٢]. وهذا الشرط ليس متفقًا عليه بين الأصوليّين بل وقع الخلاف فيه على قولين:

القول الأول–ذهب جماهير العلماء إلى اشتراط الاتصال لصحة الاستثناء [٣].

القول الثاني–ذهب بعض العلماء إلى أن الاتصال ليس شرطًا لصحة الاستثناء، فهو جائز ولو مع الانفصال، ولهذا القول اتجاهات:

---

(١) المرجع السابق ص ٥١٢.

(٢) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين الحنفيّ ٣/١١٧، والتبصرة للشيرازيّ ص١٦٢، والبرهان للجوينيّ ١/١٣٧، والمستصفى للغزاليّ ١/٢٥٨، والعدة لأبي يعلى ٢/٦٦٠، وإرشاد الفحول للشوكانيّ ١/٣٦٤.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

الاتجاه الأول–رُوِيَ عن ابن عباس أنه يصح الاستثناء وإن طال الزمن، ثم اختلف عنه فقيل: إلى شهر، وقيل: إلى سنة، وقيل: أبدًا، وهذا الذي يقتضيه كلام الأكثرين في النقل عنه [(١)].

الاتجاه الثاني–ذهب بعضهم إلى أنه لا يشترط الاتصال ما دام في المجلس [(٢)].

الاتجاه الثالث–ذهب بعض المالكية، ونسبه بعضهم إلى الإمام أحمد، وهو جواز تأخير الاستثناء لفظًا مع إضمار الاستثناء متصلًا بالمستثنى منه، ويكون المتكلم به مدينًا بينه وبين الله ﷻ [(٣)].

الاتجاه الرابع–ذهب بعض الفقهاء إلى جواز الفصل في كلام الله دون غيره [(٤)].

الاتجاه الخامس–ذهب بعض الفقهاء إلى جواز تأخيره إذا كان في الكلام قرينة على إرادة الاستثناء، كأن يقول: جاءني الناس، ثم يقول بعد زمان: إلا زيدًا وهو استثناء مما كنت قلت [(٥)].

أدلة القول الأول:

١–قوله تعالى لأيوب عليه السلام: ﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنَثْ﴾[(٦)] وجه الاستدلال: أن الله أرشد نبيّه للمخرج من هذه اليمين بأن يضرب امرأته بضِغْث[(٧)] فيه مئة شِمْرَاخ[(٨)] ضربة واحدة،

(١) انظر: تيسير التحرير لأمير بادشاه الحنفيّ ٢٩٧/١، والاستغناء للقرافيّ ص٥٢٨، والمستصفى للغزاليّ ٢٥٨/١، والعدة لأبي يعلى ٦٦١/٢.
(٢) وهو رواية عن الأمام أحمد والحسن البصريّ وعطاء، ويروى عن الإمام أحمد أيضًا أنه قيَّد ذلك في اليمين فقط. انظر: المسودة لآل تيمية ص١٥٢، وشرح الكوكب المنير لابن النجار ٣٠٠/٣.
(٣) انظر: الاستغناء للقرافيّ ص٥٢٨، ونسبه أمير بادشاه الحنفيّ للإمام أحمد في تيسير التحرير ٢٩٨/١ ولم أجد هذا القول له، والمشهور عنه ما ذكرته في الاتجاه الثاني.
(٤) انظر: البرهان للجوينيّ ١٤٠/١.
(٥) هذا القول أورده الشيرازيّ في اللمع ولم ينسبه لأحد ٣٩/١.
(٦) سورة ص: الآية ٤٤.
(٧) الضِغْث: هو ملء اليد من الحشيش المختاط، وقيل الحزمة منه ومما أشبهه. النهاية لابن الأثير ٩٠/٣ مادة (ضغث).
(٨) الشمراخ: هو كل غصن من أغصان العِثْكال–العِذْق–. النهاية لابن الأثير ٥٠٠/٢ مادة (شمرخ).

فيَبَرُّ في يمينه، ولو كان الاستثناء المتراخي جائزًا لأرشده الله تعالى إليه؛ إذ هو بكل حال أخف من الضرب [1].

٢-ما جاء عن النبيّ ﷺ أنه قال: «إذا حلفت على يمين، فرأيت غيرها خيرًا منها، فكفر عن يمينك وأتِ الذي هو خير»[2]، وجه الاستدلال: أنه لو كان الاستثناء يرفعها بعد مدة لما أرشد النبيّ ﷺ إلى الحنث والكفارة [3].

٣-أن أهل اللغة متفقون على اشتراط الاتصال في الاستثناء، فمن خالف ذلك فهو مخالف للإجماع [4]؛ ولهذا فإنه لو قال: لفلان عَلَيّ عشرة دراهم، ثم قال بعد شهر أو سنة: إلا درهمًا، فإنه لا يعد استثناءً ولا كلامًا صحيحًا [5].

٤-أن الاستثناء من التوابع، أي: من الكلام الذي لا يستقل بنفسه، فلا يفيد إلا بانضمام إلى غيره كحال الشرط والخبر [6].

---

(١) انظر: تفسير القرطبيّ ٢١٤/١٥، وتفسير السعديّ ص٧١٤.

(٢) أخرجه البخاريّ، كتاب الأيمان والنذور، باب قول الله تعالى: ﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾ المائدة: ٨٩، ١٢٧/٨ برقم (٦٦٢٢)، وأخرجه مسلم، كتاب الأيمان، باب نَدْبِ من حلف يمينًا فرأى خيرًا منها أن يأتي الذي هو خير، ويكفر عن يمينه ١٢٧٣/٣ برقم (١٦٥٢).

(٣) انظر: تيسير التحرير لأمير بادشاه الحنفيّ ٢٩٨/١، والعدة لأبي يعلى ٦٦١/٢-٦٦٢.

(٤) ونقل اتفاقهم على ذلك الغزاليّ في المستصفى ٢٥٨/١.

(٥) الإحكام للآمديّ ٢٨٩/٢.

(٦) انظر: المستصفى للغزاليّ ٢٥٨/١.

أدلة القول الثاني:

دليل الاتجاه الأول:

١-أنه جاء عن ابن عباس ﭭ أنه قال: "إذا حلف الرجل على يمين فله أن يستثني ولو إلى سنة، وإنما نزلت هذه الآية في هذا ﴿وَاذْكُرْ رَبَّكَ إِذَا نَسِيتَ﴾[1] أي: إذا ذكر استثنى[2]، وابن عباس من فصحاء العرب وعالم بحر، فهو حجة هنا.

نوقش هذا الدليل من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول-أنه ضعيف لا يحتج به كما تبين في تخريجه.

الوجه الثاني-التأويل، وفيه تأويلان:

أ-أن قول ابن عباس محمول على ما إذا كان المتكلم نوى الاستثناء ولكنه نسيه، فإن له أن يذكره ولو بعد تلك المدد، فيُقبل منه ظاهرًا ويكون باطنًا مدينًا بينه وبين الله [3].

---

(١) سورة الكهف: الآية ٢٤.

(٢) أخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب الأيمان والنذور ٣٣٦/٤ برقم (٧٨٣٣) وقال: "حديث صحيح على شرط الشيخين ولم يخرجاه". وهذا الأثر يرويه الأعمش عن مجاهد عن ابن عباس، وقد قيل للأعمش سمعته من مجاهد؟ فقال: حدثني به ليث بن أبي سليم عن مجاهد. تفسير ابن جرير ٦٤٥/١٧. وليث هذا ضعفه أحمد ويحيى والنسائيّ. ميزان الاعتدال للذهبيّ ٤٢٠/٣، وقال عنه ابن حبان: "اختلط في آخر عمره حتى كان لا يدري ما يحدث به، فكان يقلب الأسانيد، ويرفع المراسيل، ويأتي عن الثقات بما ليس من أحاديثهم، كل ذلك كان منه في اختلاطه، تركه يحيى القطان وابن مهدي وأحمد بن حنبل ويحيى بن معين " المجروحين ٢٣١/٢، وضعفه ابن القطان في بيان الوهم والإيهام ١١/٣ وقال: "رد من أجله أحاديث"، وقال النوويّ في تهذيب الأسماء "اتفق العلماء على ضعفه، واضطراب حديثه، واختلال ضبطه" ٧٥/٢، وقال فيه الحافظ ابن حجر: "صدوق اختلط جدًا ولم يتميز حديثه فترك" تقريب التهذيب ٤٦٤/١ وضعفه في المطالب العالية ٢٩٣/٧، ٣٣١/٨ وفي التلخيص ٦٣/١؛ وعلى هذا فلا يصح الاستدلال بهذا الأثر؛ ولهذا قال الجوينيّ: "والغامض في هذه المسألة أن ابن عباس وهو حبر هذه الأمة ومرجوعها في مشكلات القرآن كيف يستجيز انتحال مثل هذا المذهب على ظهور بطلانه؟ والوجه اتهام الناقل وحمل النقل على أنه خطأ، أو مختلق مخترع، والكذب أكثر ما يسمع" البرهان ١٤٠/١.

(٣) انظر: البرهان للجوينيّ ١٤٠/١.

ب–أن مراد ابن عباس إنما هو في التعليق على مشيئة الله تعالى خاصة، كمن حلف وقال: إن شاء الله، فإذا نسي أن يقولها فلا بأس أن يقولها متى ذكرها [1].

الوجه الثالث–سلمنا ألا تأويل هنا، فحاصل الأمر أن النقل عن ابن عباس مُعارَض بإجماع أهل اللغة على اشتراط الاتصال، فيُقدم الإجماع [2].

دليل الاتجاه الثاني:

ما رُوِيَ أن رسول الله ﷺ قال: «والله لأغزون قريشًا، والله لأغزون قريشًا، والله لأغزون قريشًا»، ثم قال: «إن شاء الله»[3] وجه الاستدلال: أن النبيّ ﷺ فصل في الاستثناء في مجلس واحد، فيبقى ما عداه على الأصل وهو اشتراط الاتصال.

نوقش من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول–أن الحديث مرسل، والمرسل لا تقوم به حجة؛ لأنه من قبيل الضعيف [4].

الوجه الثاني–أن السكوت في الحديث يحتمل أنه من السكوت الذي لا يخل بالاتصال الحكميّ، ويجب حمل الحديث على ذلك –لو سلمنا وصله– جمعًا بين الأدلة [5].

---

(١) انظر. شرح تنقيح الفصول للقرافيّ ص٢٤٣، وهذا التأويل نصره ابن القيم في مدارج السالكين ٤٠٣/٢.

(٢) انظر: الإحكام للآمديّ ٢٩١/٢.

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب الأيمان والنذور، باب الاستثناء في اليمين بعد السكوت ٢٣١/٣ برقم (٣٢٨٥) من طريق شريك عن سِمَاك عن عكرمة مرسلًا، وقال: "وقد أسند هذا الحديث غير واحد"، ورواه ابن حبان في صحيحه، كتاب الأيمان، ذكر نفي الحنث عن من استثنى في يمينه بعد سكتة يسيرة ١٨٥/١٠ برقم (٤٣٤٣) من حديث مِسْعَر عن سِمَاك عن عكرمة عن ابن عباس مثله إلا أنه قال في آخره: ثم سكت فقال: "إن شاء الله"، ورواه البيهقيّ في الكبرى موصولًا ومرسلًا، كتاب الأيمان، باب الحالف يسكت بين يمينه واستثنائه سكتة يسيرة لانقطاع صوت، أو أخذ نَفَس ٨٢/١٠ برقم (١٩٩٢٧) و(١٩٩٢٨)، قال ابن أبي حاتم في العلل: الأشبه إرساله. ١٤٦/٤، وقال ابن حجر في الدراية ٩٣/٢: "رجح الأئمة إرساله".

(٤) انظر: الأم للشافعيّ ٥٧/٣.

(٥) انظر: تيسير التحرير لأمير بادشاه الحنفيّ ٢٩٩/١، والإحكام للآمديّ ٢٩١/٢.

الوجه الثالث–أن قوله: «إن شاء الله» لم يكن على وجه الاستثناء؛ وإنما كان على معنى أن الأفعال المستقبلة تقع بمشيئة الله تعالى [١]؛ ولهذا قال تعالى: ﴿وَلا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا، إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ﴾[٢].

دليل الاتجاه الثالث:

أن الاعتبار بنية المتكلم، فإذا كان ناويًا الاستثناء حال التكلم يعتبر متصلًا ولا يضره التأخير [٣].

نوقش: بأن الأدلة الواردة في منع استثناء المنفصل لم تفرق بين منْوي وغير منْوي، وهذه مسألة لغوية، وقد مر قريبًا إجماع أهل اللغة على عدم جواز الانفصال في الاستثناء دون التطرق للنية[٤].

دليل الاتجاه الرابع:

أنه لما نزل قوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُوْلِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ﴾[٥] جاء ابن أم مكتوم[٦] فقال: يا رسول الله، لو أستطيع الجهاد لجاهدت – وكان رجلا أعمى– فأنزل الله تبارك وتعالى على رسوله ﷺ ﴿غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ﴾[٧] وجه الاستدلال: أن الاستثناء جاز مع الفصل في القرآن لهذه الواقعة فلا نتعداها إلى غيرها.

---

(١) العدة لأبي يعلى ٦٦٤/٢.

(٢) سورة الكهف: الآية ٢٣.

(٣) مباحث التخصيص لعمر عبد العزيز ص١٨٠.

(٤) انظر: تيسير التحرير لأمير بادشاه الحنفيّ ٢٩٨/١.

(٥) سورة النساء: الآية ٩٥.

(٦) هو عمرو بن قيس بن زائدة بن الأصم، صحابيّ، شجاع، كان ضرير البصر، أسلم بمكة، وهاجر إلى المدينة بعد وقعة بدر، وكان يؤذن لرسول الله ﷺ في المدينة، مع بلال، وكان النبيّ يستخلفه على المدينة، يصلي بالناس، في غزواته عامة، وحضر حرب القادسية ومعه راية سوداء وعليه درع سابغة، فقاتل – وهو أعمى– ورجع بعدها إلى المدينة، فتوفي فيها سنة ٢٣هـ. انظر: الاستيعاب لابن عبد البر ١١٩٩/٣، والإصابة لابن حجر ٤٩٥/٤.

(٧) سورة النساء: الآية ٩٥. والحديث أخرجه البخاريّ، كتاب الجهاد والسير، باب قول الله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ فَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ بِأَمْوَالِهِمْ وَأَنْفُسِهِمْ عَلَى الْقَاعِدِينَ دَرَجَةً وَكُلًّا وَعَدَ اللَّهُ الْحُسْنَى وَفَضَّلَ اللَّهُ الْمُجَاهِدِينَ عَلَى الْقَاعِدِينَ﴾ النساء: ٩٥، إلى قوله ﴿غَفُورًا رَحِيمًا﴾ النساء: ٢٣، ٢٥/٤ برقم (٢٨٣٢).

نوقش من وجهين:

الوجه الأول–بأن المراد بالقاعدين من المؤمنين: القاعدون ممن وجب عليهم الجهاد؛ لأن المراد من القعود هو: القعود عن أداء الواجب، فيكون قوله تعالى: ﴿غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ﴾ ليس مخصصًا ولا مستثنى، بل هو تقرير، ويجوز التأخير في بيان التقرير بالاتفاق [١].

الوجه الثاني–يحتمل أن قوله تعالى: ﴿لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ...﴾ نزل مرة أخرى مكان العبارة الأولى لهذه الآية الخالية من قيد ﴿غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ﴾ وبناء عليه يكون نسخًا، والنسخ واجب تأخيره عن المنسوخ [٢].

فعلى كلا التقديرين لا دليل على جواز فصل الاستثناء في هذه الآية.

دليل الاتجاه الخامس:

أن القرينة المذكورة مع الاستثناء ترفع الإشكال من رجوع الاستثناء إلى الكلام السابق الذكر [٣].

نوقش: بأن الاستثناء غير متصل بنفسه، وهذا يعني ذكره مع صدر الكلام الاستثنائيّ، ثم إنه مخالف لاستعمال اللغة وإجماع أهلها.

الراجح:

يترجح –والله أعلم– قول الجمهور القائلين بوجوب الاتصال مطلقًا؛ لقوة أدلته ومناقشة أدلة المخالفين بما لا يدع فيها مستمسكًا، ولأن القول بصحة انفصال الاستثناء عن المستثنى يؤدي إلى أمور باطلة تنافي مقاصد الشرع؛ لأنه يتعذر ثبوت الأحكام الفقهية من بيع ونكاح وطلاق وعتاق؛

---

(١) انظر: الاستثناء عند الأصوليّين لأكرم أوزيقان ص٧٠.

(٢) انظر: أسباب النزول للواحديّ ص١٧٧.

(٣) انظر: اللمع للشيرازيّ ٣٩/١.

لأنه يجوز –على هذا المذهب– أن يقر الرجل اليوم بشيء ثم يستثني في زمن لاحق، وهذا يؤدي إلى اضطراب حياة الناس، وهذا يتنافى مع مقاصد الشرع (١).

الشرط الثاني–عدم الاستغراق:

اتفق العلماء في الجملة على أنه لا يجوز أن يكون الاستثناء مستغرقًا للمستثنى منه نحو: له عليَّ عشرة إلا عشرة، فإن الاستثناء باطل وتلزمه عشرة، كما اتفقوا على صحة استثناء ما دون النصف (٢) كقوله تعالى: ﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا﴾ (٣)، ودليلهم على ذلك: أنه إقرار منطوق به، والمنطوق به لا يرفع كليًّا؛ وإلا فيكون كلامًا هدرًا وباطلًا من القول؛ لأن الكلام نقض آخره أوله نقضًا كليًا بحيث لم يبقَ للكلام أثر أو معنى أو قيمة؛ ولأن الاستثناء إخراج، والإخراج يتطلب نزع شيء من شيء آخر، فلا بد أن يكون هناك شيء يخرج، وشيء يبقى بعد النطق بالاستثناء (٤).

ويحسن بنا الإشارة إلى استثناء الأكثر والمساوي من غير استطراد، فأما الأكثر كقولك: له عندي عشرة دراهم إلا تسعة، ففيه قولان:

القول الأول–ذهب الحنابلة في المشهور عنهم إلى عدم صحة استثناء الأكثر، وأكثر أهل اللغة على ذلك (٥).

---

(١) انظر: تيسير التحرير لأمير بادشاه الحنفيّ ٢٩٨/١، والعدة لأبي يعلى ٦٦٣/٢.

(٢) انظر: تيسير التحرير لأمير بادشاه الحنفيّ ٣٠٠/١، والمحصول للرازيّ ٣٧/٣، والإحكام للآمديّ ٢٩٧/٢، ونهاية السول للإسنويّ ٢٠٢/١، والاستغناء للقرافيّ ص٥٣٦، وشرح مختصر الروضة للطوفيّ ٥٩٧/٢، وإرشاد الفحول للشوكانيّ ٣٦٧/١، وقد نقل القرافيّ قولًا مسندًا لابن طلحة من المالكيّة يرى صحة الاستثناء المستغرق، وهذا القول مسبوق بالإجماع فهو باطل.

(٣) سورة العنكبوت: الآية ١٤.

(٤) انظر: تيسير التحرير لأمير بادشاه الحنفيّ ٣٠٠/١، والمحصول للرازيّ ٣٧/٣، والإحكام للآمديّ ٢٩٧/٢، ونهاية السول للإسنويّ ٢٠٢/١، والاستغناء للقرافيّ ص٥٣٦، وشرح مختصر الروضة للطوفيّ ٥٩٧/٢، وإرشاد الفحول للشوكانيّ ٣٦٧/١.

(٥) انظر: العدة لأبي يعلى ٦٦٧/٢.

القول الثاني-ذهب جماهير العلماء إلى صحة استثناء الأكثر [١].

أدلة القول الأول:

١-أن أهل اللغة قد منعوا ذلك وأنكروه ونفوه في لغة العرب [٢].

٢-ولأن الاستثناء قد جرى في كلام العرب على خلاف الأصل، والأصل استمرار الكلام من دون استثناء؛ لأنه إنكار بعد إقرار، والأصل عدم الإنكار، لكن لما كان الإنسان قد يغفل عن بعض ما أقر به أجيز استثناء القليل لدفع الضرر، أما الكثير فلا يُعقل أن يغفل عنه الإنسان فلم يجز الاستثناء جريًا على الأصل [٣].

دليل القول الثاني [٤]:

١-مجموع الآيتين الكريمتين في قوله تعالى: ﴿قَالَ فَبِعِزَّتِكَ لَأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمُ الْمُخْلَصِينَ﴾[٥] وقوله تعالى: ﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾[٦] وجه الاستدلال: أنه في الآية الأولى استثنى العباد المخلصين من بني آدم، وفي الآية الثانية استثنى الغاوين من العباد، وأيهما كان الأكثر حصل المقصود [٧].

نوقش استدلالهم من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول-أن الآيتين ليس فيهما استثناء دلالة على الأكثر، فهما استثنتا الأقل في الموضعين، ففي الآية الأولى استثناء للمخلصين من بني آدم وهو الأقل، بدليل قوله تعالى: ﴿وَقَلِيلٌ مِنْ عِبَادِيَ

---

(١) انظر: تيسير التحرير لأمير بادشاه الحنفيّ ٣٠٠/١، والاستغناء للقرافيّ ص٥٣٧، والمستصفى للغزاليّ ٢٥٩/١.

(٢) انظر: العدة لأبي يعلى ٦٦٧/٢.

(٣) انظر: شرح مختصر الروضة للطوفيّ ٦٠١/٢.

(٤) في المسألة كلام كثير؛ ولذلك سأكتفي بأقوى دليل لديهم وأجيب عليه منعًا للتطويل والاستطراد.

(٥) سورة ص: الآيتان ٨٢ و٨٣.

(٦) سورة الحجر: الآية ٤٢.

(٧) انظر: الاستغناء للقرافيّ ص٥٣٨، والمحصول للرازيّ ٣٧/٣، والإحكام للآمديّ ٢٩٧/٢.

الشَّكُورُ﴾[1]، وأما الآية الثانية فإن الله استثنى الغاوين من مجموع العباد وفيهم الملائكة والجن والإنس، والغاوون من جميع العباد هم الأقل؛ لأن الملائكة كلهم غير غاوين كما قال تعالى: ﴿بَلْ عِبَادٌ مُكْرَمُونَ﴾[2] وهم أكثر الخلق، ويضاف إليهم من آمن من الجن والإنس فيكونوا أكثر من الغاوين [3].

الوجه الثاني–لا نسلم أن (إلا) في الآيتين للاستثناء، بل هي بمعنى (لكن) والتقدير يكون في الآية الأولى: لكن عبادك المخلصين لا أستطيع غوايتهم، وفي الثانية: ولكن من اتبعك من الغاوين فإن جهنم موعدهم أجمعين، بدليل أنه في الآية الثانية لو كانت (إلا) للاستثناء لكان المعنى: فإن لك عليهم سلطان، وهذا غير ممكن بدليل قول إبليس: ﴿وَمَا كَانَ لِيَ عَلَيْكُمْ مِنْ سُلْطَانٍ إِلَّا أَنْ دَعَوْتُكُمْ فَاسْتَجَبْتُمْ لِي﴾[4] وذلك في الآخرة [5].

الوجه الثالث–أننا عندما منعنا صحة استثناء الأكثر إنما أردنا ما إذا كانت الكثرة مستفادة من اللفظ ذاته، أما إذا كانت قد استفيدت من غيره من خارج فلا نمنع ذلك، بل حصل الاتفاق على صحته، فإذا قلت لشخص: ما في هذا الكيس من الدراهم إلا الزيوف، وكانت أكثر –أي الزيوف– فإن الاستثناء يصح ولو كان استثناء للكل؛ لأن التحديد هنا بالقلة والكثرة لا نعرفه من اللفظ، بل نعرفه بدليل خارجي، ويدل على ذلك قوله تعالى في الحديث القدسي: «كلكم جائع إلا من أطعمته»[6] ولا شك في أن المُطعَم هم الأكثر، ولكن الكثرة لم تستفد من اللفظ بل من دليل خارجيّ، أي من الواقع[7].

---

(١) سورة سبأ: الآية ١٣.

(٢) سورة الأنبيّاء: الآية ٢٦.

(٣) انظر: شرح مختصر الروضة للطوفيّ ٦٠٠/٢.

(٤) سورة إبراهيم: الآية ٢٢.

(٥) انظر: العدة لأبي يعلى ٦٧٠/٢، وشرح مختصر الروضة للطوفيّ ٦٠١/٢.

(٦) أخرجه مسلم، كتاب البر والصلة والآداب، باب تحريم الظلم ١٩٩٤/٤ برقم (٢٥٧٧).

(٧) انظر: الاستغناء للقرافيّ ص٥٣٩، وشرح مختصر الروضة للطوفيّ ٦٠٢/٢.

الراجح:

يترجح -والله أعلم- القول الأول؛ لقوة دليلهم، ولأن الاستثناء من مباحث اللغة، والعرب لم تستعمل استثناء الأكثر. وأما استثناء المساوي كقولك: له عندي مئة درهم إلا خمسين، فهنا استثنى ما يساوي المتبقي فاستثنى خمسين وأبقى أخرى، ومن قال بجواز استثناء الأكثر قال بجواز استثناء المساوي من باب أولى، أما المانعون منه فقد اختلفوا في المساوي على قولين:

القول الأول-ذهب الحنابلة في وجه عندهم إلى عدم صحة استثناء النصف [(١)]، وأدلتهم هي نفس أدلة القائلين بمنع استثناء الأكثر التي سبق ذكرها.

القول الثاني-ذهب بعض الحنابلة وبعض النحويّين إلى صحة استثناء النصف دون الأكثر[(٢)]، ودليلهم قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الْمُزَّمِّلُ قُمِ اللَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا نِصْفَهُ أَوِ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا﴾[(٣)] وجه الاستدلال: أن قوله: (نِصْفَهُ) بدل من: (قَلِيلًا) والتقدير: قم الليل إلا نصفه [(٤)].

نوقش استدلالهم من وجهين:

الوجه الأول-أن قوله: ﴿نِصْفَهُ﴾ كلام مبتدأ ليس استثناء، وإنما الاستثناء في قوله: ﴿إِلَّا قَلِيلًا﴾[(٥)].

الوجه الثاني-أن قوله: ﴿نِصْفَهُ﴾ ظرف للقيام فيه، ويكون بدل من الليل، والتقدير: قم الليل نصفه إلا قليلًا، أو قم نصف الليل إلا قليلًا.

فالآية لا تصلح للاستدلال بها على جواز استثناء النصف.

---

(١) انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار ٣/٣٠٦-٣٠٧.

(٢) انظر: الإحكام للآمديّ ٢/٢٩٧، والعدة لأبي يعلى ٢/٦٧٠، وشرح الكوكب المنير لابن النجار ٣/٣٠٦-٣٠٧، وإرشاد الفحول للشوكانيّ ١/٣٦٨.

(٣) سورة المزمل: الآيات ١-٣.

(٤) انظر: العدة لأبي يعلى ٢/٦٧٠.

(٥) انظر: العدة لأبي يعلى ٢/٦٧٠.

الراجح:

يترجح -والله أعلم-القول الأول كما سبق في مسألة استثناء الأكثر؛ لأن الاستثناء على خلاف الأصل وجاز في القليل الذي ربما يغفل عنه الإنسان فقط، أما المساوي والكثير فلا يُعقل أن يغفل عنه.

الشرط الثالث-أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه:

المراد بالجنس هنا: غير المشارك في الدخول تحت المحكوم عليه، كقولك: رأيت الناس إلا حمارًا[1]، فالحمار لا يدخل في عموم الناس، وقد اختلف العلماء في اشتراط أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه على قولين:

القول الأول-ذهب بعض الشافعيّة وهو الصحيح من مذهب الحنابلة إلى اشتراط أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه [2].

القول الثاني-ذهب الحنفية والمالكية وبعض الشافعيّة إلى أنه لا يشترط أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه [3].

أدلة القول الأول:

١-أن الاستثناء هو: استفعال مأخوذ من الثني، ومنه تقول: ثنيت الشيء: إذا عطفت بعضه على بعض، وتقول: ثنيت زيدًا عن رأيه: إذا رددته، وحقيقة الاستثناء -بالمفهوم العام- هو: إخراج بعض ما تناوله اللفظ المستثنى منه، أي: بعد أن كان اللفظ متناولًا لجميع الأفراد ثناه الاستثناء عن البعض، وهذا غير متحقق في قول القائل: رأيت الناس إلا حمارًا؛ لأن الحمار -وهو المستثنى- غير داخل في مدلول الناس-وهو المستثنى منه- لكي يقال بإخراجه وثنيه عنه، بل الجملة الأولى

---

(١) انظر: البحر المحيط للزركشيّ ٣٧٩/٤.

(٢) انظر: الإحكام للآمديّ ٢٩٢/٢، والعدة لأبي يعلى ٦٧٣/٢.

(٣) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين البخاريّ ١٣٢/٣، وتيسير التحرير لأمير بادشاه الحنفيّ ٢٨٧/١.

باقية بحالها لم تتغير، ولا تعلق للثاني بالأول أصلًا، وإلا لصح استثناء كل شيء من كل شيء، لاشتراكهما في معنى عام [١].

٢-أن الاستثناء من غير الجنس مستهجن في اللغة، وما هذا شأنه فلا يكون وضعه مضافًا إلى أهل اللغة [٢].

أدلة القول الثاني:

١-أن الاستثناء من غير الجنس قد وقع استعماله في القرآن ولغة العرب، والوقوع دليل الجواز، ومن ذلك:

أ-قوله تعالى: ﴿وَإِذْ قُلْنَا لِلْمَلَائِكَةِ اسْجُدُوا لِآدَمَ فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ أَبَى وَاسْتَكْبَرَ﴾[٣] وقوله: ﴿فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ لَمْ يَكُنْ مِنَ السَّاجِدِينَ﴾[٤] وإبليس لم يكن من جنس الملائكة بدليل قوله تعالى: ﴿إِلَّا إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْجِنِّ فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِ﴾[٥] والجن ليسوا من جنس الملائكة؛ لأنه كان مخلوقًا من نار كما في قوله تعالى: ﴿خَلَقْتَنِي مِنْ نَارٍ﴾ [٦] والملائكة من نور، والنور غير النار، فلا يكون من جنسهم، وهو مستثنى منهم [٧].

ب-قوله تعالى: ﴿لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَامًا﴾[٨] فقد استثنى السلام من اللغو، وليس من جنسه [٩].

جـ-قول الشاعر: وبلدة ليس بها أنيـس ... إلا اليَعَافير وإلا العِـيْس [١٠]

(١) انظر: الإحكام للآمديّ ٢٩٢/٢، وشرح الكوكب المنير لابن النجار ٢٨٨/٣.
(٢) انظر: التبصرة للشيرازيّ ص١٦٦، والإحكام للآمديّ ٢٩٢/٢.
(٣) سورة البقرة: الآية ٣٤.
(٤) سورة الأعراف: الآية ١١.
(٥) سورة الكهف: الآية ٥٠.
(٦) سورة الأعراف: الآية ١٢.
(٧) انظر: الاستغناء للقرافيّ ص٥١٢، والمحصول للرازيّ ٣٤/٣، والإحكام للآمديّ ٢٩٣/٢.
(٨) سورة مريم: الآية ٦٢.
(٩) الإحكام للآمديّ ٢٩٣/٢.
(١٠) هذا البيت من أرجوزة لعامر بن الحارث المعروف بجران العود. انظر: ديوانه ص ٥٣.

إذ استثنى اليَعَافير والعِيْس من الأنيس وليستا من جنسه؛ لأن اليَعَافير جمع يَعْفُور وهو: ولد الظبية [١]، والعِـيْس هي: الإبل البيض مع شُقْرة يسيرة [٢]؛ لأن الأنيس هو من يؤانس، والأنس إنما يحصل بذوي العقول [٣].

والجواب على أدلتهم من وجهين:

الوجه الأول–بعدم التسليم أنها استثناء من غير الجنس.

الوجه الثاني–التسليم بأن ما ذكرتم من الاستثناء من غير الجنس غير أن (إلا) ليست للاستثناء وإنما للاستدراك بمعنى (لكن) [٤].

ففي الآية الأولى: فإن إبليس كان من الملائكة وهو قول ابن عباس وأكثر المفسرين [٥]، وكان من قبيل يقال لهم الجن؛ لأنهم كانوا خزان الجنان، أما تسميته جنيًّا فنسبة إلى الجنة كما يُقال: مكيّ وبغداديّ، ويُحتمل أنه سمي بذلك لاجتنانه واختفائه، ويدل على كونه من الملائكة أمران:

الأول–أن اللّه تعالى قد استثناه من الملائكة، والأصل أن يكون من جنسهم؛ للاتفاق على صحة الاستثناء من الجنس، والاختلاف في غيره.

الثاني–أنه لو لم يكن إبليس من الملائكة لما كان عاصيًا للأمر المتوجه إلى الملائكة؛ لكونه ليس منهم [٦]، ودلل على عصيانه بقوله: ﴿إِلَّا إِبْلِيسَ أَبَى وَاسْتَكْبَرَ وَكَانَ مِنَ الْكَافِرِينَ﴾ [٧].

أما الآية الثانية: فإن اللغو والسلام يجمعهما جنس الكلام، فكان الاستثناء فيها من الجنس بهذا الاعتبار [٨]. أو تكون (إلا) للاستدراك بمعنى (لكن) ويكون المعنى: لا يسمعون فيها لغوًا لكن يسمعون كلامًا وسلامًا [٩].

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٥٩٠/٤ مادة (عفر).

(٢) المرجع السابق ١٥٢/٦ مادة (عيس).

(٣) انظر: المحصول للرازيّ ٣٦/٣، والإحكام للآمديّ ٢٩٤/٢.

(٤) وبهذين الوجهين تناقش جميع أدلة القول الثاني، ولذلك لم أذكرها جميعًا.

(٥) انظر: تفسير الطبريّ ٥٠٣/١، وتفسير البغويّ ١٠٤/١، وتفسير القرطبيّ ٢٩٤/١.

(٦) انظر: التبصرة للشيرازيّ ص١٦٧، والإحكام للآمديّ ٢٩٥/٢، والعدة لأبي يعلى ٦٧٦/٢.

(٧) سورة البقرة: الآية ٣٤.

(٨) شرح مختصر الروضة للطوفيّ ٥٩٥/٢.

(٩) انظر: العدة لأبي يعلى ٦٧٦/٢.

وأما استدلالهم ببيت الشعر فهو استثناء من الجنس؛ لأن الظباء والإبل مما يؤنس بها؛ لأن وجودها يدل على أن المنطقة ليست بعيدة عن المياه أو المساكن الإنسية [1].

الراجح:

يترجح –والله أعلم– القول الأول وهو اشتراط أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه لصحة الاستثناء؛ وذلك لقوة دليلهم، ومناقشتهم أدلة المخالفين، ولأنه أقرب لحقيقة الاستثناء وهو الإخراج، فلا يتصور الإخراج في غير الجنس؛ لأنه لم يدخل في المستثنى منه ابتداءً. وقد زاد الحنابلة شرطين لصحة الاستثناء هما (النية والنطق) ووافقهم الشافعيّة في الأخير، وهذان الشرطان يمكن إرجاعهما إلى شرط الاتصال، فالذي لم يقل بهما اعتبرهما داخلين في الاتصال، ومن ذكرهما فإنه قد زاد لشرط الاتصال بيانًا.

المطلب الثالث–أدوات الاستثناء:

الاستثناء في الاصطلاح لا بد أن يكون بأدوات خاصة معلومة، وإن كان من الممكن الاستثناء بقول القائل: استثني كذا، غير أن هذا الأسلوب ليس مرادًا للعلماء، بل المراد الاستثناء بأدوات خاصة، وهذا الأدوات تنقسم إلى ستة أقسام:

القسم الأول–الحروف: فمنها ما هو متفق على حرفيته وهي **(إلا)** وهي أصل أدوات الباب، وهي (أم الباب) كما نص على ذلك جمع من العلماء، وما عداها محمول عليها. ومنها ما هو مختلف في حرفيته وهي **(حاشا)** فذهب إلى حرفيتها أكثر البصريّين وهو الصحيح، خلافًا للكوفيّين الذين قالوا: إنها فعل أبدًا، ويُقال فيها (حاشى) و (حشا).

القسم الثاني–الأسماء، وهي: **(غير، وسِوى، وبَيْد):**

أما **(سِوى)** فهي تساوي غير وفيها أربع لغات:

أ–كسر السين مع المد (سِواء).

(١) انظر: الإحكام للآمديّ ٢٩٦/٢، والعدة لأبي يعلى ٢٧٧/٢، وشرح مختصر الروضة للطوفيّ ٥٩٦/٢.

ب–كسر السين مع القصر (سِوى)

جـ–ضم السين مع القصر (سُوى)

د–فتح السين مع المد (سَواء).

أما (بَيْد) ويُقال (مَيْد) بإبدال بائها ميمًا.

القسم الثالث–الأفعال وهي: **(ليس، لا يكون، ما عدا، ما خلا)** كما تدخل (حاشا) باعتبار قول الكوفيّين.

القسم الرابع–الأدوات المترددة بين الأفعال والحروف: وهما (عدا، وخلا) غير المقرونتين بـ(ما)، ولأجل هذا التردد جاز فيما بعدهما النصب على أنه مفعول به لهما، وأنهما فعلان متعديان ناصبان، وجاز الجر فيكونان حرفين من حروف الجرّ.

القسم الخامس–ما اتفقوا على حرفيته، واختلفوا في فعليته وهو: (حاشا).

القسم السادس–ما كان مركبًا من الاسم والحرف وهو: (لا سيما) إذ هي مركبة من (سيّ) بمعنى مثل، ومن (لا) نافية للجنس، وقد عدها الكوفيّون وجماعة من البصريّين وغيرهم من أدوات الاستثناء، ووجه ذلك: أنك إذا قلت: قام القوم ولا سيّما زيد، فقد خالفهم زيد في أنه أولى بالقيام منهم، فهو مخالفهم في الحكم الذي ثبت لهم بطريق الأولوية، ويجب فيها تشديد الياء وسبقها بالواو، وقد تُخفّف، أو تُحذف الواو قبلها نادرًا، وقد تُحذف (ما) منها فيقال: (لا سيّ). وقد أضاف البغداديون والكوفيّون (بَلْه) بمعنى لا سيَّما، نحو: أكرمت الطلاب بَلْه المجتهدين، على معنى أن إكرام المجتهدين يزيد على إكرام مطلق الطلاب، وأنكر ذلك البصريّون؛ لأن (إلا) لا تقع مكانها؛ ولأن حروف العطف يجوز دخولها عليها [1].

---

(١) انظر في الكلام على الأدوات: الاستغناء للقرافيّ ص ١٠٣، وشرح مختصر الروضة للطوفيّ ٥٨٠/٢، وأوضح المسالك لابن هشام ٢٤٧/٢، ومغني اللبيب لابن هشام ٩٨/١، وهمع الهوامع للسيوطي ٢٧٣/٢–٢٨٩.

فنخلص إلى أن أدوات الاستثناء عشرة، وهي: (إلا، حاشا، غير، سوى، بَيْد، ليس، لا يكون، ما عدا، ما خلا، لا سيّما).

المبحث الثاني

أقسام الاستثناء

ينقسم الاستثناء باعتبار الاتصال وعدمه إلى قسمين:

القسم الأول–الاستثناء المتصل: هو أن تحكم على جنس ما حكمت عليه أولًا بنقيض ما حكمت به أولًا [١]. فهو مقيد بقيدين:

القيد الأول–أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه.

القيد الثاني–الحكم على المستثنى بنقيض ما حُكِم به على المستثنى منه، كقولك: جاء القوم إلا زيدًا، فإن زيدًا من جنس القوم، وقد حكمت عليه بعدم المجيء، وهو نقيض المجيء الذي حُكِم به على القوم المستثنى منهم. وهذا متفق عليه بين جميع العلماء [٢].

القسم الثاني–الاستثناء المنقطع: هو أن تحكم على غير جنس ما حكمت عليه أولًا، أو بغير نقيض ما حكمت به أولًا [٣]. وعلى هذا التعريف قد يكون الاستثناء المنقطع من جنس المستثنى منه وقد لا يكون من جنسه، وعلى هذا ينقسم الاستثناء المنقطع إلى قسمين:

الأول–ما لا يكون المستثنى من جنس المستثنى منه، وقد حُكِم عليه بنقيض حكم المستثنى منه، كقولك: رأيت إخوتك إلا ثوبًا، فالمستثنى غير جنس المستثنى منه، وحُكِم عليه بالنقيض، وهو عدم الرؤية.

الثاني–ما يكون المستثنى من جنس المستثنى منه، ولم يُحكم عليه بنقيض حكم المستثنى منه، كما إذا قلت: رأيت إخوتك إلا زيدًا لم يسافر، فإن زيدًا من جنس المستثنى منه، ولكن لم يحكم عليه بنقيض الحكم المذكور، بل حُكِم عليه بعدم السفر.

---

(١) انظر: الاستغناء للقرافيّ ص٣٨٢.

(٢) إرشاد الفحول للشوكانيّ ٣٥٩/١.

(٣) انظر: الاستغناء للقرافيّ ص٣٨٣، وشرح تنقيح الفصول للقرافيّ ٢٣٩/١، والتمهيد للإسنويّ ٣٩٢/١.

وقد اختلف في الاستثناء المنقطع، أَوَقَع في اللغة أم لا، والخلاف في ذلك كالخلاف في مسألة اشتراط أن يكون المستثنى من جنس المستثنى منه وقد سبق أن رجحت اشتراط ذلك، واختلفوا أيضا: هل هو حقيقة أم مجاز؟ والخلاف في ذلك يرجع أيضًا إلى مسألة اشتراط كون المستثنى من جنس المستثنى منه، فالذي يشترط ذلك يحمل الاستثناء من غير الجنس على المجاز، والذي لا يشترطه يحمله على الحقيقة، واختلفوا في حده ولا يتعلق بذلك كبير فائدة لعدم عَدِّه من المخصصات [1]، فقد سبق التقرير أن من شرط المستثنى أن يكون من جنس المستثنى منه.

(١) انظر: إرشاد الفحول للشوكانيّ ١/٣٦١.

المبحث الثالث

أسباب الاستثناء

وفيه سبعة مطالب [1]:

المطلب الأول–الاستثناء بسبب النص.

المطلب الثاني–الاستثناء بسبب الإجماع.

المطلب الثالث–الاستثناء بسبب القياس.

المطلب الرابع–الاستثناء بسبب الاستحسان.

المطلب الخامس–الاستثناء بسبب الاستصحاب.

المطلب السادس–الاستثناء بسبب الاستصلاح

المطلب السابع–الاستثناء بسبب العرف.

---

(١) نشير إلى أن كل مطلب من مطالب هذا المبحث قد تُكِلِّمَ عنه بمجموعة من الرسائل العلمية، والحديث عن كل جزئية منها يُخرج البحث عن مضمونه؛ فلذلك سأكتفي بذكر ما لابد منه لفهم موضوع المستثنيات.

المطلب الأول

الاستثناء بسبب النص

النَّص في اللغة: رفع الشيء، يقال: نص الحديث إلى فلان أي رفعه، ويأتي أيضًا بمعنى السير الشديد (1).

وفي الاصطلاح يختلف مدلول النص باختلاف أهل الفن، فمعناه عند الفقهاء غيره عند غيرهم، فالأصوليّون يعنون به ما أفاده بنفسه من غير احتمال كقوله تعالى: ﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾(2) فإنه نص في بيان العدد الحلال من النساء (3).

أما الفقهاء فيطلقون النص ويريدون به الكتاب والسنة، وهذا المعنى العام هو الذي يعنينا هنا، ولا علاقة لنا بمفهوم النص الذي يذكره الأصوليّون في مباحث الألفاظ، ويدل على ذلك ما جاء في كتاب الإحكام: "الأصول التي لا يعرف شيء من الشرائع إلا منها وأنها أربعة: وهي نص القرآن، ونص كلام رسول الله ﷺ الذي إنما هو عن الله تعالى مما صح عنه ﷺ نقل الثقات، أو التواتر، وإجماع جميع علماء الأمة، أو دليل منها لا يحتمل إلا وجهًا واحدًا" (4)؛ ولذلك سأفرد الكلام عن كل واحد منهما:

أولًا–الكتاب:

الكتاب لغةً: كَتَبَه كَتْبًا وكِتابًا: خَطَّه، والكِتابُ: ما يُكْتَبُ فيه، والكِتْبَة: اكتتابك كتابًا تنسخه، ومنه الكتيبة: الجماعة، وقد سُمِّيَ الكتاب كتابًا لما كُتِبَ فيه؛ ولأنه صحف قد جمعت (5).

---

(1) انظر: لسان العرب لابن منظور ٩٧/٧ مادة (نصص).

(2) سورة النساء: الآية ٣.

(3) المستصفى للغزاليّ ١٩٦/١، وذكر أنه أشهرها.

(4) الإحكام في أصول الأحكام لابن حزم ٧١/١.

(5) انظر: مقاييس اللغة لابن فارس ١٥٩/٥ مادة (كتب)، والقاموس المحيط للفيروزآبادي ١٢٨/١ مادة (كتب).

وفي الاصطلاح: هو اللفظ المعجز، الموحى به إلى محمد ﷺ، المتعبد بتلاوته، المنقول إلينا بالتواتر [1].

حجية الكتاب:

إن أصل الشرع كله هو الكتاب المنزل وإليه تعود المصادر الأخرى، ولا يجوز لأحد أن يتجاوزه ويتعدى حدوده، بل يجب المحافظة عليه تعلمًا وتعليمًا وعملًا بحيث تعقل معانيه ومراميه، فهو الحاوي لكليات الشريعة ومقاصدها وأحكامها المتعبد بها [2].

وقوع الاستثناء بالكتاب:

معلوم أن القرآن نزل بلغة العرب وقد تحداهم سبحانه بأن يأتوا بآية من مثله لكنهم عجزوا عن ذلك، ومعلوم أن لغة العرب من أوسع اللغات في باب البيان، ومن ذلك الاستثناء، فإن القرآن قد حوى استثناءً كما حوته لغة العرب، فيرد فيه حكمًا عامًّا ثم يستثني سبحانه لمصلحة عبادة ما يخصص الحكم العام، ومن ذلك:

-قوله تعالى: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾[3]وجه الاستدلال: أن الله ﷻ ذكر هذه الآية بعد آية الدَيْن التي ذكر فيها مشروعية الكتابة والإشهاد لحفظ الأموال ودفع الريب، ثم عَقَّبَ ذلك بذكر حالة العُذر عن وجود الكاتب، ونص على حالة السفر، فإنها من جملة أحوال العذر، ويلحق بذلك كل عذر يقوم مقام السفر، وجعل الرهان المقبوضة قائمة مقام الكتابة[4].

---

(١) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين الحنفيّ ٢١/١، وشرح مختصر ابن الحاجب لأبي القاسم الأصفهانيّ ٤٥٤/١-٤٥٧، والمستصفى للغزاليّ ٨١/١، والإحكام للآمديّ ١٥٩/١، وشرح مختصر الروضة للطوفيّ ٩/٢.

(٢) انظر: الموافقات للشاطبيّ ١٨٢/٤.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٨٣.

(٤) فتح القدير للشوكانيّ ٣٤٨/١.

-وقوله تعالى: ﴿لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً﴾(١)وجه الاستدلال: أن الله حرّم موالاة الكفار في أول الآية ثم استثنى حالة واحدة وهي حالة الخوف منهم فتجوز موالاتهم حينئذ، ولكنها تكون ظاهرًا لا باطنًا (٢).

-وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾(٣) وجه الاستدلال: أن الله حرّم في أول الآية أخذ مال الغير والتعدي عليه إلا أن تكون تجارة عن تراض، والتجارة هي البيع والشراء، وهذا استثناء منقطع عند من يقول به (٤).

ثانيًا-السنَّة:

السنة في اللغة: الأصل فيه الطريقة والسيرة (٥)، ومنه قوله تعالى: ﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ وَإِنْ يَعُودُوا فَقَدْ مَضَتْ سُنَّتُ الأَوَّلِينَ﴾(٦).

وأما معنى السنة في اصطلاح علماء الإسلام، فقد اختلف فيه باختلاف أغراضهم وفنونهم:

١-فهي عند العلماء الأصوليّين عبارة عما صدر عن رسول الله ﷺ ما عدا القرآن الكريم من قول، أو فعل، أو تقرير، فيخرج من السنة عندهم ما صدر من غيره عليه الصلاة والسلام رسولًا كان أو غير رسول، وما صدر عنه ﷺ قبل البعثة (٧)، وهذا المعنى هو الذي أريده في بحثي.

٢-وأما الفقهاء فهي عندهم عبارة عن الفعل الذي دلَّ الخطاب على طلبه من غير إيجاب، ويرادفها المندوب والمستحب، والتطوع، والنفل، والتفرقة بين معاني هذه الألفاظ اصطلاح خاص لبعض

---

(١) سورة آل عمران: الآية ٢٨.

(٢) فتح القدير للشوكانيّ ٣٨١/١.

(٣) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٤) انظر: تفسير القرطبيّ ١٥١/٥.

(٥) لسان العرب لابن منظور ٢٢٥/١٣ مادة (سنن).

(٦) سورة الأنفال: الآية ٣٨.

(٧) انظر: شرح التلويح للتفتازانيّ ٣/٢، وشرح مختصر ابن الحاجب لشمس الدين الأصفهانيّ ٤٧٧/١، ونهاية السول للإسنويّ ٢٤٩/١، وشرح مختصر الروضة للطوفيّ ٦٤/٢، وإرشاد الفحول للشوكانيّ ٩٥/١.

الفقهاء، وقد تطلق على ما يقابل البدعة، منه قولهم طلاق السنة كذا، وطلاق البدعة كذا، فهم بحثوا عن رسول الله ﷺ الذي تدل أفعاله على حكم شرعيّ (١).

٣-وأما المحدثون، فإن الرأي السائد بينهم -ولا سيما المتأخرين منهم- أن الحديث والسنة مترادفان متساويان يوضع أحدهما مكان الآخر، فالحديث النبويّ عند الإطلاق ينصرف إلى ما حدث به رسول الله ﷺ بعد النبوة من قول أو فعل أو إقرار، فإن سنته ﷺ ثبتت عن هذه الوجوه الثلاثة وإن كان تشريعًا إيجابًا أو تحريمًا أو إباحة وجب اتباعه فيه ﷺ (٢).

حجية السنة:

اتفق من يعتد به من أهل العلم على أن السنة المطهرة مستقلة بتشريع الأحكام وأنها كالقرآن في تحليل الحلال وتحريم الحرام (٣)، ويدل على ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾ (٤)، وقال: ﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ﴾(٥) في مواضع كثيرة.

وتكراره يدل على عموم الطاعة بما أتى به مما في الكتاب ومما ليس فيه مما هو من سنته، وقال تعالى: ﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا﴾ (٦). وقال تعالى: ﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾(٧) إلى ما أشبه ذلك (٨).

(١) انظر: إرشاد الفحول للشوكانيّ ٩٥/١.
(٢) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٦/١٨-١٠.
(٣) انظر: إرشاد الفحول للشوكانيّ ٩٦/١.
(٤) سورة النساء: الآية ٥٩.
(٥) سورة الأنفال: الآية ١، والآية ٤٦، وسورة المجادلة: الآية ١٣.
(٦) سورة الحشر: الآية ٧.
(٧) سورة النور: الآية ٦٣.
(٨) انظر: الموافقات للشاطبيّ ٢٢٩/٣.

وهي مفسرة، ومبينة لكتاب الله تعالى ومقيدة لعمومه كما قال تعالى في هذا المعنى: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلاَّ تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ﴾ (١).

والآيات في هذا المعنى كثيرة جدًّا وكلها نص صريح في وجوب اتباع الرسول ﷺ، واتباعه يتمثل في اتباع سنته الصحيحة الثابتة عنه ﷺ.

وقوع الاستثناء بالسنة:

ورد في السنة استثناءات كثيرة كما قد ورد ذلك في القرآن، ومن ذلك:

-ما جاء عنه ﷺ أنه قال: «لا يبع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، إلا أن يأذن له»(٢) وجه الاستدلال: أن النبيّ ﷺ نهى في أول الحديث أن يبيع الرجل على بيع أخيه وأن يخطب الرجل على خطبة أخيه، ثم استثنى حالة واحدة وهي ما إذا أذن له من له الحق.

-وكقول النبيّ ﷺ: «لا سبق إلا في نصل، أو خف، أو حافر» (٣) وجه الاستدلال: فنهى النبيّ ﷺ في أول الحديث عن أخذ العِوَض في المسابقة، ثم استثنى المسابقة بالسهام والإبل والخيل لما فيها من التقوي على الجهاد (٤).

و-كقوله ﷺ: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»(٥) وجه الاستدلال: أن عمل الميت ينقطع بموته وينقطع تجدد الثواب له إلا

---

(١) سورة الأنعام: الآية ١١٩. وانظر: تفسير القرطبيّ ٧٣/٧.

(٢) أخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب تحريم الخطبة على خطبة أخيه حتى يأذن أو يترك ١٠٣٢/٢ برقم (١٤١٢).

(٣) أخرجه الترمذيّ في كتاب الجهاد، باب ما جاء في الرهان والسبق ٢٠٥/٤ برقم (١٧٠٠)، وأخرجه النسائيّ في كتاب الخيل، باب السبق ٢٢٦/٦ برقم (٣٥٨٥) وصححه الألبانيّ في تعليقه عليهما. والمراد بالنصل: السهام، وبالخف الإبل، وبالحافر الخيل. انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٥٤٩/٢، والكافي لابن عبد البر ٤٨٩/١، والمغني لابن قدامة ٤٦٦/٩.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٤٦٧/٩.

(٥) أخرجه مسلم في كتاب الهبات، باب ما يلحق الإنسان من الثواب بعد وفاته ١٢٥٥/٣ برقم (١٦٣١).

في هذه الأشياء الثلاثة لكونه كاسبها، فإن الولد من كسبه، وكذا ما يخلفه من العلم كالتصنيف والتعليم، وكذا الصدقة الجارية وهي الوقف [1].

(١) نيل الأوطار للشوكانيّ ٦/٢٨.

المطلب الثاني

الاستثناء بسبب الإجماع

الإجماع لغةً: يأتي بمعنى إحكام النية والعزيمة ومنه قوله تعالى: ﴿ فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ﴾[1]، ويأتي بمعنى الاتفاق، يقال: أجمع القوم على كذا، إذا اتفقوا عليه [2].

وفي الاصطلاح هو: اتفاق مجتهدي العصر من أمة محمد ﷺ بعد وفاته على أي أمر كان من أمور الدين [3].

حجية الإجماع:

ذهب جماهير العلماء إلى أن الإجماع إذا استوفى شروطه فإنه يكون حجة، وهو المصدر الثالث من مصادر التشريع، وحجيته مستمدة من حجية الكتاب والسنة، فقد قال تعالى: ﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾[4] وجه الاستدلال: أن الله ﷻ جمع بين مشاقة الرسول واتباع غير سبيل المؤمنين في الوعيد، فلو كان اتباع غير سبيل المؤمنين مباحًا لما جمع بينه وبين المحظور، فثبت أن متابعة غير سبيل المؤمنين هي متابعة قول أو فتوى يخالف قولهم أو فتواهم، وإذا كانت تلك محظورة وجب أن تكون متابعة قولهم وفتواهم واجبة من دون شرط اتفاق الجميع؛ فمن باب أولى تكون متابعة ما اتفقوا عليه واجبة، وتُعَدُّ هذه الآية أوضح الآيات وأقواها دلالة على حجية الإجماع[5]، وفي الاستدلال عليه بهذه الآية بحوث ومناقشات يطول عرضها ومناقشتها.

---

(١) سورة يونس: الآية ٧١.

(٢) انظر: لسان العرب لابن منظور ٥٨/٨ مادة (جمع).

(٣) انظر: إرشاد الفحول للشوكانيّ ١٩٣/١، ومذكرة الشنقيطيّ ص١٧٩.

(٤) سورة النساء: الآية ١١٥.

(٥) انظر: الإحكام للآمديّ ٢٠٠/١، وإرشاد الفحول للشوكانيّ ١٩٩/١ومابعدها، ومذكرة الشنقيطيّ ص١٧٩.

والدليل من السنة على حجية الإجماع قوله ﷺ: «لا تجتمع أمتي على ضلالة»[١]، وكذلك جميع الأحاديث التي فيها الحض على الجماعة وعدم الشذوذ عنها، والصحابة كانوا يستدلون بمثل تلك الأحاديث على حجية الإجماع من غير نكير [٢].

وذهب الإمامية[٣]، وبعض الخوارج[٤] إلى أنه: ليس بحجة، وإنما الحجة في مستنده، وهذا مردود باتفاق الصحابة ومن بعدهم على ذلك إلى أن جاء المخالفون، ومردود بأدلة القائلين بحجية الإجماع التي أُشير إلى بعضها [٥].

ومما لا بد من التعريج عليه أن الإجماع لابد له من مستند؛ لأن حق إنشاء الأحكام الشرعيّة لله ولرسوله، وليس لأهل الإجماع، ولأن الفتوى من دون المستند خطأ لكونه قولًا في الدين بغير علم، والأمة معصومة عن الخطأ، فإذا كان اجتهاد المجتهد لابد أن يستند إلى دليل شرعيّ، فاتفاق المجتهدين جميعًا على حكم واحد في الواقعة دليل على وجود مستند شرعيّ يدل قطعًا على هذا الحكم؛ لأنه لو كان ما استندوا إليه دليلًا ظنيًّا لاستحال عادة أن يصدر عنه اتفاق؛ لأن الظنيّ محال حتمًا لاختلاف العقول [٦].

---

(١) أخرجه ابن ماجه، كتاب الفتن، باب السواد الأعظم ١٣٠٣/٢ برقم (٣٩٥٠)، وأخرجه الترمذيّ في أبواب الفتن، باب ما جاء في لزوم الجماعة ٤٦٦/٤ برقم (٢١٦٧) وحسنه الألبانيّ بمجموع طرقه. سلسلة الأحاديث الصحيحة ١٤/٤.

(٢) انظر: روضة الناظر لابن قدامة ٣٨٧/١، ومذكرة الشنقيطيّ ص١٧٩.

(٣) هي فرقة من الشيعة زعمت أن عليًّا هو الأحق في وراثة الخلافة من دون الشيخين وعثمان ﷺ، وقد أطلق عليهم الإمامية؛ لأنهم جعلوا الإمامة قضيتهم التي تشغلهم، وسُمُّوا بالإثني عشرية؛ لأنهم قالوا باثني عشر إمامًا دخل آخرهم السرداب بسامراء على حد زعمهم. انظر: الملل واالنحل للشهرستانيّ ١٦٢/١-١٦٥، وأصول مذهب الشيعة الإمامية الإثني عشرية للقفاريّ ١٠١/١.

(٤) تطلق الخوارج على كل من خرج على الإمام الحق الذي اتفقت الجماعة عليه، سواء أكان الخروج في أيام الصحابة على الأئمة الراشدين أم كان بعدهم على التابعيّن بإحسان، والأئمة في كل زمان، فيدخل في ذلك المرجئة والوعيدية، والخوارج من أوائل الفرق التي ظهرت في تاريخ الإسلام، إلا أنها انقسمت إلى فرق عدة تجاوزت العشرين فرقة. انظر: الملل والنحل للشهرستانيّ ١١٤/١.

(٥) انظر: الإحكام للآمديّ ٢٠٠/١، وروضة الناظر لابن قدامة ٣٧٩/١، وشرح مختصر الروضة للطوفيّ ٢٥/٣، وإرشاد الفحول للشوكانيّ ١٩٧/١.

(٦) انظر: علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص ٤٨.

وقوع الاستثناء بالإجماع:

وقع الاستثناء بسبب الإجماع كما قد وقع في مستند الإجماع وهما: الكتاب، والسنة، ومن ذلك:

-ما ذهب إليه جماهير العلماء من عدم صحة بيع المعدوم؛ لما فيه من الغرر المنهيّ عنه، وقد أجمع العلماء على مشروعية السلم وهو من بيع المعدوم، وقد نقل الإجماع على ذلك جمع من أهل العلم، ومستند الإجماع قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى فَاكْتُبُوهُ﴾(١) فيكون السلم مستثنى بإجماع العلماء من عدم صحة بيع المعدوم (٢).

-ومن ذلك إجماع العلماء على جواز استئجار الظئر -أي استئجار المرأة للرضاع-، وهذا يكون استثناء باعتبار قول جماهير العلماء القائلين بعدم جواز إجارة الحيوان لأخذ لبنه (٣)، ومستند الإجماع قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾(٤).

-ومن ذلك الإجماع على عدم جواز إعارة البضع من إجماعهم على مشروعية الإعارة، فهذا استثناء من إجماع بالإجماع، ومستند الإجماع في ذلك قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾(٥).

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

(٢) انظر: الأم للشافعيّ ٩٤/٣، والمغني لابن قدامة ٢٠٧/٤، واختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة ٤٠٨/١، وسيأتي تفصيل المسألة.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٧٥/٤، وشرح الخرشيّ ١٣/٧، وتحفة المحتاج للهيتميّ ١٩١/٤، والمغني لابن قدامة ٣٦٧/٥، ومجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٤٣/٣٠، وانظر الكلام في المسألة ص ٢١٨ من هذا البحث.

(٤) سورة الطلاق: الآية ٦.

(٥) سورة المؤمنون: الآيات ٥-٧.

المطلب الثالث

الاستثناء بسبب القياس

القياس في اللغة: التقدير والمساواة، يُقال: قست الثوب بالذراع: أي قدرته به، ويُقال: قست النعل بالنعل: أي ساويت بينهما (١)، فهو مشترك معنويّ بينهما (٢).

أما في الاصطلاح فقد اختلف الأصوليّون في تعريفه؛ بسبب اختلافهم في مسألة هل القياس دليل شرعيّ نصبه الشارع أو هو عمل المجتهد، فمن قال: إن القياس دليل نصبه الشارع عبر عن القياس بأنه: استواء بين الفرع والأصل في العلة المستنبطة من حكم الأصل (٣). ومنهم من عبر بلفظ المساواة فقال: مساواة فرع لأصل في علة حكمه (٤). أما من قال: إنَّ القياس هو عمل المجتهد وهذا عمل أكثر المحققين من الأصوليّين فقالوا: إنه حمل معلوم على معلوم في إثبات حكم لهما أو نفيه عنهما بأمر جامع بينهما (٥).

واستدراكًا عليه فالأولى أن يقال إنه: حمل معلوم علي معلوم في إثبات حكم له أو نفيه عنه بأمر جامع بينهما؛ وبذلك يكون التعريف سالمًا من الاعتراض الوارد عليه؛ لأن التعبير بـ(إثبات حكم لهما أو نفيه عنهما) لا يصح؛ لأن القياس فرع عن ثبوت الحكم في الأصل، والأصل يجب أن يكون ثابتًا بالنص أو الإجماع.

---

(١) انظر: لسان العرب لابن منظور ١٨٧/٦ مادة (قيس)، والقاموس المحيط للفيروزآبادي ٥٦٩/١.

(٢) وهو رأي أكثر الأصوليّين. انظر: شرح مختصر ابن الحاجب لشمس الدين الأصفهانيّ ٥٧٨/٢، والإحكام للآمديّ ١٨٣/٣، وغاية الوصول للسنيكيّ ١١٥/١، وروضة الناظر لابن قدامة ١٤٠/٢، وذهب بعض العلماء إلى أن القياس في اللغة حقيقة في التقدير مجاز في المساواة، وهذا مرجوح؛ لأن المجاز خلاف الأصل، وذهب بعض العلماء إلى أن لفظ (القياس) مشترك لفظيّ بين التقدير والمساواة، وهذا مرجوح؛ لأن الاشتراك اللفظيّ خلاف الأصل؛ لأن الأصل أن يكون اللفظ له معنى واحد.

(٣) الإحكام للآمديّ ١٩٠/٣.

(٤) شرح مختصر ابن الحاجب لشمس الدين الأصفهانيّ ٥/٣.

(٥) انظر: البرهان للجوينيّ ٥/٢، والمستصفى للغزاليّ ٢٨٠/١، والمحصول للرازيّ ٥/٥، وروضة الناظر لابن قدامة١٤١/٢.

وقد عرفه الأصوليّون بتعريفات متقاربة ولا يخلو كل واحد منها من اعتراضات لا نريد الإطالة في ذكرها، والجامع فيها أنه لا بد في القياس من أصل وفرع وعلة وحكم الأصل، وهذه هي أركان القياس، فالأصل هو المعلوم الذي ثبت حكمه بالشرع وهو ما يقاس عليه ويشبه الفرع به، والفرع هنا هو الأمر الذي لم يرد حكمه في الشرع ابتداء، وهو ما يطلب قياسه على الأصل، والعلة هي الوصف الجامع بين الأصل والفرع، والحكم هو ثمرة قياس الفرع على الأصل.

حجية القياس:

مذهب جمهور علماء المسلمين أن القياس حجة شرعيّة على الأحكام العملية، وأنه في المرتبة الرابعة من الحجج الشرعيّة، بحيث إذا لم يوجد في الواقعة حكم بنص أو إجماع، وثبت أنها تساوي واقعة نص على حكمها في علة هذا الحكم، فإنها تقاس بها ويحكم فيها بحكمها، ويكون هذا حكمها شرعًا، ويسع المكلف اتّباعه والعمل به (١).

واستدلوا بقوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي أَخْرَجَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مِن دِيَارِهِمْ لِأَوَّلِ الْحَشْرِ مَا ظَنَنتُمْ أَن يَخْرُجُوا وَظَنُّوا أَنَّهُم مَّانِعَتُهُمْ حُصُونُهُم مِّنَ اللَّهِ فَأَتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ حَيْثُ لَمْ يَحْتَسِبُوا وَقَذَفَ فِي قُلُوبِهِمُ الرُّعْبَ يُخْرِبُونَ بُيُوتَهُم بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِي الْمُؤْمِنِينَ فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ﴾(٢) وجه الاستدلال: أن الله سبحانه بعد أن قص ما كان من بني النضير الذين كفروا وبيّن ما حاق بهم ﴿مِنْ حَيْثُ لَمْ يَحْتَسِبُوا﴾ قال: ﴿فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ﴾ أي: فقيسوا أنفسكم بهم؛ لأنكم أناس مثلهم، إن فعلتم مثل فعلهم حاق بكم مثل ما حاق بهم؛ وهذا يدل على أن سنة الله في كونه، أن نعمه ونقمه وجميع أحكامه هي نتائج لمقدمات أنتجتها، ومسببات لأسباب ترتبت عليها، وأنه حيث وجدت المقدمات نتجت عنها نتائجها، وحيث وجدت الأسباب ترتبت عليها مسبباتها، وما القياس إلا سير على هذا السنن الإلهيّ وترتيب المسبب على سببه في أي محل وجد فيه (٣).

---

(١) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين الحنفيّ ٢٧٠/٣، وشرح مختصر ابن الحاجب لشمس الدين الأصفهانيّ ٧/٣، والبرهان للجوينيّ ٨/٢، والمستصفى للغزاليّ ٢٨٣/١، والإحكام للآمديّ ٥/٤، وشرح مختصر الروضة للطوفيّ ٢٤٢/٣.

(٢) سورة الحشر: الآية ٢.

(٣) انظر: إرشاد الفحول للشوكانيّ ٩٥/٢-٩٦، ومذكرة الشنقيطيّ ص ٤٨.

كما ثبت في السنة أن رسول الله ﷺ في كثير من الوقائع التي عرضت عليه ولم يوحَ إليه بحكمها استدل على حكمها بطريق القياس، وفعل الرسولﷺ في هذا الأمر العام تشريع لأمته، ولم يقم دليل على اختصاصه به، فالقياس فيما لا نصل فيه من سنن الرسول، وللمسلمين به أسوة، فمن ذلك ما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما، قال: جاء رجل إلى النبيّ ﷺ، فقال: يا رسول الله، إن أمي ماتت وعليها صوم شهر، أفأقضيه عنها؟ فقال: «لو كان على أمك دين، أكنت قاضيه عنها؟» قال: نعم، قال: «فدين الله أحق أن يقضى»(١) وجه الاستدلال: أن النبيّ ﷺ قاس دين الله على دين الخلق في وجوب القضاء (٢).

وهذا ما كان عليه الصحابة رضي الله عنهم؛ إذْ اتفقوا على إعمال القياس فيما لا نص فيه من دون إنكار من أحد منهم، فقاسوا الخلافة على إمامة الصلاة، وبايعوا أبا بكر بها وبيّنوا أساس القياس بقولهم: رضيه رسول الله لديننا، أفلا نرضاه لدنيانا (٣).

وذهب بعض المعتزلة (٤) والظاهرية وبعض فرق الشيعة إلى أن القياس ليس حجة شرعيّة على الأحكام (٥)، ومن أظهر شبههم على ذلك قولهم: إن القياس مبنيّ على الظن بأن علة حكم النص هي كذا والمبنيّ على الظن ظنيّ، والله سبحانه نعي على من يتبعون الظن، وقال سبحانه: ﴿وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ﴾(٦) فلا يصح الحكم بالقياس؛ لأنه اتباع الظن (٧).

---

(١) أخرجه مسلم، كتاب الصيام، باب قضاء الصيام عن الميت ٨٠٤/٢ برقم (١١٤٨).

(٢) شرح مختصر الروضة للطوفيّ ٢٥٩/٣.

(٣) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم ١٥٥/١، وإرشاد الفحول للشوكانيّ ١٠٢/٢.

(٤) هي فرقة إسلامية نشأت في أواخر العصر الأمويّ وازدهرت في العصر العباسيّ، وقد اعتمدت على العقل المجرد في فهم العقيدة الإسلامية؛ لتأثرها ببعض الفلسفات المستوردة؛ مما أدى إلى انحرافها عن عقيدة أهل السنة والجماعة، وسبب تسميتهم بالمعتزلة أن واصل بن عطاء اعتزل حلقة الحسن البصريّ وشكل حلقة خاصة به لقوله بالمنزلة بين المنزلتين، فقال الحسن: "اعتزلنا واصل"، وقيل غير ذلك. انظر: الفَرْق بين الفِرَق للأسفراييني ٩٤/١، والملل والنّحل للشهرستانيّ ٤٣/١.

(٥) انظر: الإحكام لابن حزم ٥٣/٧.

(٦) سورة الإسراء: الآية ٣٦.

(٧) انظر: البرهان للجوينيّ ١١/٢، والمستصفى للغزاليّ ٢٨٤/١.

وهذه شبهة واهية؛ لأن المنهيّ عنه هو اتباع الظن في العقيدة، وأما في الأحكام العملية فأكثر أدلتها ظنية، ولو اعتبرت هذه الشبهة لا يُعمل بالنصوص الظنية الدلالة؛ لأنه اتباع للظن، وهذا باطل بالاتفاق، لان أكثر النصوص ظنية الدلالة (١).

وقوع الاستثناء بالقياس:

تقدم معنا أن القياس يأتي بالمرتبة الرابعة بين الأدلة الشرعيّة؛ فلذلك يجري عليه ما يجري عليها، وقد وقع الاستثناء بالقياس كما وقع في الأدلة السابقة، فمن ذلك:

-أن الفقهاء أجمعوا على جواز الكفالة في المال في الجملة (٢)؛ وذلك لعموم قوله تعالى: ﴿وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾(٣) واستثنى الشافعيّة من ذلك كفالة المجهول فلا تجوز قياسًا على البيع، فكما لا يجوز بيع المجهول فكذلك لا تجوز الكفالة بالمجهول (٤)، أما جماهير العلماء فيرون جوازه لعموم النصوص في الكفالة (٥).

-ومن ذلك ما ذهب إليه الشافعيّة والحنابلة في بطلان بيع المُكرَه لقوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾(٦) فإذا فات الرضا بطل البيع (٧)، ثم استثنوا ما لو كان الإكراه بحق من قولهم السابق وقاسوه على إكراه المرتد على الرجوع إلى الإسلام، بجامع قول الحق في كلٍّ (٨).

-ومن ذلك ما ذهب إليه الشافعيّة في عدم صحة بيع الأعمى خلافًا للجمهور؛ لما فيه من الغرر، واستثنى الشافعيّة ما قد رآه الأعمى قبل العمى مما لا يتغير فإنه يصح بيعه وشراؤه، وسبب الاستثناء عندهم أنهم قاسوا ذلك على حال البصير في العلم بالمبيع (٩).

---

(١) البرهان للجوينيّ ١٢/٢، والإحكام للآمديّ ١٤/٤.

(٢) الإشراف لابن المنذر ٢٣٤/٦.

(٣) سورة يوسف: الآية ٧٢.

(٤) تكملة المجموع للمطيعيّ ١٩/١٤.

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٤/٦، والمنتقى للباجي ٨٣/٦، والمغني لابن قدامة ٤٠٠/٤.

(٦) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٧) أحكام القرآن لابن العربيّ ٥٢٤/١.

(٨) انظر: مغني المحتاج للشربينيّ ٧/٢، وكشاف القناع للبهوتيّ ٣٠٥/٧. وانظر بقية الكلام في المسألة ص ١١٠ من هذا البحث.

(٩) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٦٤/٥، والكافي لابن عبد البر ٤٣١/٢، والمجموع للنوويّ ٣٠٢/٩، والمغني لابن قدامة ١٥٨/٤. وانظر بقية الكلام في المسألة ص ١٣٩ من هذا البحث.

المطلب الرابع

الاستثناء بسبب الاستحسان

الاستحسان في اللغة: عدُّ الشيء حسنًا [١].

أما في اصطلاح الأصوليّين فقد تعددت تعريفاتهم ولعل أجمعها ما عرفه به بعض الحنفية بقوله: الاستحسان هو "العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول"[٢].

حجية الاستحسان:

اختلف العلماء في الاحتجاج بالاستحسان، وهذا الخلاف ليس على إطلاقه؛ لأن الاستحسان يرد على معانٍ، ولمعرفة المحل الذي تنازع العلماء فيه لابد من النظر في هذه المسألة عن طريق هذه المعاني، والمعاني التي ورد عليها الاستحسان خمسة:

الأول–إذا كان الاستحسان بمعنى العمل بالاجتهاد، وغلبة الرأي في إثبات المقادير الموكولة إلى رأي المجتهد وتقديره، نحو تقدير متعة المطلقة في قوله تعالى: ﴿وَمَتِّعُوهُنَّ عَلَى الْمُوسِعِ قَدَرُهُ وَعَلَى الْمُقْتِرِ قَدَرُهُ مَتَاعًا بِالْمَعْرُوفِ حَقًّا عَلَى الْمُحْسِنِينَ﴾[٣].

فالاستحسان بهذا المعنى ليس من محل النزاع؛ لاتفاق العلماء من الحنفية وغيرهم على أنه حجة[٤].

الثاني–إذا كان الاستحسان بمعنى فعل الواجبات، والأولى، كما في قوله تعالى: ﴿فَبَشِّرْ عِبَادِ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَاهُمُ اللَّهُ وَأُولَئِكَ هُمْ أُولُو الْأَلْبَابِ﴾ [١].

---

(١) انظر: القاموس المحيط ١١٨٩/١ مادة (حسن).

(٢) وهذا تعريف الكرخيّ من الحنفيّة. كشف الأسرار لعلاء الدين الحنفيّ ٣/٤، وقد رجحه الغزاليّ في المنخول ٤٧٧/١، وقريب منه تعريف الطوفيّ في شرح مختصر الروضة ١٩٧/٣.

(٣) سورة البقرة: الآية ٢٣٦.

(٤) أصول السرخسيّ ٢٠٠/٢

فالاستحسان بهذا المعنى ليس من محل النزاع؛ لاتفاق العلماء على أنه حجة (٢).

الثالث–إذا كان الاستحسان بمعنى ما يستحسنه المجتهد بعقله، من دون أن يستند فيه على دليل، والاستحسان بهذا المعنى ليس من محل النزاع؛ لاتفاق العلماء على أنه ليس حجة؛ لأنه اتباع للهوى (٣)، وخالف في ذلك بعض المالكية، لكن خلافهم غير معتد به؛ لحصول الإجماع قبل حدوث الخلاف، ونسب بعضهم إلى أبي حنيفة وأصحابه القول به وهو غير صحيح، بل الكل تصدى لتلك الدعوى ونفاها (٤).

الرابع–إذا كان الاستحسان بمعنى تقديم الدليل الشرعيّ، أو العقليّ على ما يراه المجتهد حسنًا، كالقول بحدوث العالم، وبعثة الرسل، وإثبات صدقهم.

فالاستحسان بهذا المعنى ليس من محل النزاع؛ لاتفاق العلماء على أنه حجة؛ لأن الحسن ما حسّنه الشرع والقبح ما قبحه (٥).

الخامس–إذا كان الاستحسان بمعنى القول بأقوى الدليلين، وهو قسمان:

القسم الأول–إذا كان الاستحسان بمعنى ترك القياس إلى ما هو أولى منه؛ سواء أترك القياس لكتاب، أم لسنة، أم لإجماع، أم لأثر، أم لقياس أقوى منه (٦).

وليس المراد بالقياس هنا المعنى الأصوليّ فحسب، بل يدخل فيه القاعدة العامة للشريعة.

---

(١) سورة الزمر: الآيتان ١٧–١٨.

(٢) انظر: شرح مختصر ابن الحاجب لشمس الدين الأصفهانيّ ٢٨٣/٣.

(٣) انظر: التلخيص للجوينيّ ٣١٤/٣، وقواطع الأدلة للسمعانيّ ٢٧٠/٢.

(٤) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين الحنفيّ ٢٢/٤–٢٤، والتلخيص للجوينيّ ٣١٤/٣.

(٥) انظر: البحر المحيط للزركشيّ ٩٩/٨، وإرشاد الفحول للشوكانيّ ١٨٣/٢.

(٦) انظر: المنخول للغزاليّ ٤٧٨/١، والإحكام للآمديّ ١٥٨/٤، ونهاية السول للإسنويّ ٣٦٥/١، والبحر المحيط للزركشي ٩٧/٨.

ومثال ترك القياس للكتاب: من نذر أن يتصدق بماله؛ فالقياس أنه يلزمه أن يتصدق بكل ما يُطلق عليه مال، ولكن هذا القياس تُرك استحسانًا لقوله تعالى: ﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً﴾(١) والمقصود بالصدقة هنا الزكاة، فعلى هذا لا يتصدق إلا بالمال الذي تجب فيه الزكاة(٢).

فالاستحسان بهذا المعنى ليس من محل النزاع؛ لاتفاق العلماء على أنه حجة (٣).

القسم الثاني–إذا كان الاستحسان بمعنى ترك الدليل للعرف، أو للمصلحة، أو نحوهما (٤).

مثال ذلك: ردُّ الأيمان إلى العرف؛ كمن حلف ألا يدخل مع فلان بيتًا، فدخل مسجدًا، فالأصل أنه يحنث؛ لأن المسجد يقال عنه: إنه بيت، قال تعالى: ﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ اللَّهُ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ﴾(٥) ولكن البيت في العرف يُطلق على كل ما يُسكن، والمسجد ليس محلًا للسكن؛ لذلك لو دخل مسجدًا لم يحنث استحسانًا للعرف (٦)؛ فالاستحسان بهذا المعنى عدَّه بعض العلماء محلًا للنزاع (٧)؛ إذ اختلف العلماء في هذا الاستحسان على قولين:

القول الأول–إنه حجة:

وهذا القول نُسب إلى الإمام أبي حنيفة وأصحابه الحنفية (٨)، كما نُسب إلى الإمام مالك وأصحابه (٩)، ونُسِب أيضًا إلى الإمام أحمد (١٠)، ويستدلون بقوله تعالى: ﴿الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ

---

(١) سورة التوبة: الآية ١٠٣.

(٢) انظر: الإحكام للآمديّ ١٥٨/٤، ونهاية السول للإسنويّ ٣٦٥/١.

(٣) انظر: شرح مختصر ابن الحاجب لشمس الدين الأصفهانيّ ٢٨٤/٣، وشرح المحليّ على جمع الجوامع مع حاشية العطار ٣٩٥/٢، وروضة الناظر لابن قدامة ٤٧٣/١.

(٤) انظر: الموافقات للشاطبيّ ١٩٦/٥.

(٥) سورة النور: الآية ٣٦.

(٦) انظر: شرح مختصر ابن الحاجب لشمس الدين الأصفهانيّ ٢٨٢/٣، والموافقات للشاطبيّ ١٩٦/٥–١٩٧.

(٧) الإحكام للآمديّ ١٥٩/٤.

(٨) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين الحنفيّ ٢/٤–٥.

(٩) انظر: الموافقات للشاطبيّ ١٩٣/٥–١٩٦.

(١٠) شرح مختصر الروضة للطوفيّ ١٩٧/٣.

الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ﴾، وبقوله تعالى: ﴿وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ﴾(١) وجه الاستدلال: أن الآية الأولى وردت في معرض الثناء والمدح لمتبع الأحسن، وفي الآية الثانية أمر باتباع أحسن ما أنزل، وهو معنى الاستحسان (٢).

كما يستدلون بالإجماع؛ إذ إن الأمة قد استحسنت دخول الحمام من غير تقدير أجرة وعوض عن الماء، ولا تقدير مدة السكون واللُّبث فيه (٣).

القول الثاني-إنه ليس بحجة:

وهذا القول منسوب للإمام الشافعيّ وقد بيَّن من نسب له القول أن الإمام يقصد بنفي حجية الاستحسان ما كان عن هوى وتشهٍ (٤)، وهذا سبق أنه ليس بحجة بالاتفاق.

والذي يظهر لي أن الخلاف في هذه المسألة خلاف لفظيّ؛ فالمسألة راجعة- عند التحقيق- إلى وفاق؛ لأن كلام الفريقين لم يتوارد على محل واحد، فالقائلون بالاستحسان في التعريف المختار(٥) لا يقصدون أنه دليل مستقل، وأصل من أصول الشريعة مغاير لسائر الأدلة، بل الاستحسان عندهم إنما هو نظر في الأدلة، وترجيح بينها، والترجيح بين الأدلة لا يخالف فيه أحد، والمخالف إنما خالف في عدِّه دليلًا مستقلًا، كما أنه خالف في الاستحسان بالعقل والتشهي، فالاستحسان عند الجميع -ما عدا الاستحسان بالعقل والتشهي- راجع إلى دليل أولى من نص، أو إجماع، أو قياس معارض لدليل آخر، ولا يُطلق عليه استحسان إلا عند المقابلة، والمعارضة، وهو بهذا حجة من غير تصور خلاف (٦)؛ ولذلك نُقِلَ عن الإمام الشافعيّ العمل بالاستحسان فمن ذلك أنه: استحسن في المتعة أن تكون ثلاثين درهمًا، واستحسن ثبوت الشفعة للشفيع إلى ثلاثة أيام،

---

(١) الآيتان في سورة الزمر ١٨، ٥٥.

(٢) الإحكام للآمديّ ١٥٩/٤.

(٣) المستصفى للغزاليّ ١٧٢/١-١٧٣، والإحكام للآمديّ ١٥٩/٤.

(٤) انظر: المنخول ٤٧٦/١.

(٥) وهو: العدول بالمسألة عن حكم نظائرها إلى حكم آخر لوجه أقوى يقتضي هذا العدول.

(٦) انظر: شرح مختصر ابن الحاجب لشمس الدين الأصفهانيّ ٢٨١/٣-٢٨٤، وإرشاد الفحول للشوكانيّ ١٨٢/٢.

واستحسن ترك شيء للمكاتب من نجوم الكتابة، وقال في السارق إذا أخرج يده اليسرى بدل اليمنى فقطعت: القياس أن تقطع يمناه، والاستحسان أن لا تقطع [1].

وقوع الاستثناء بالاستحسان:

سبق أن ذكرت في حجية الاستحسان بعض الأمثلة للبيان، وأذكر هنا باختصار بعض ما وقع الاستثناء فيه استحسانًا، فمن ذلك:

-أن السلم بيع معدوم وهو منهيّ عنه للغرر وهذا مقتضى القياس، لكن عدلنا عن هذا الحكم إلى حكم آخر وهو الجواز، فتركنا القياس استحسانًا للخبر والإجماع على جواز السلم [2].

-ومن ذلك الحكم بطهارة الآبار والحياض بعد تنجسها، فالقياس يأبى ذلك؛ لأن الدلو ينجس لملاقاة الماء فلا يزال يعود وهو نجس فلا يمكن الحكم بطهارة الماء، إلا أن الشرع حكم بالطهارة الضرورية؛ لأنه لا يمكن غسل البئر ولا الحوض، وإنما غاية ما يمكن هو نزح الماء النجس وحصول الماء الطاهر فيه، فاستحسنوا ترك العمل بالقياس لأجل الضرورة والعجز، فإن الله تعالى جعل العجز عذرًا في سقوط العمل بكل خطاب [3].

-ومن ذلك أن القياس يقتضي أن سؤر سباع الطير نجس، كسؤر سباع البهائم بجامع تحريم الأكل فيهما، والاستحسان يقتضي أنه طاهر فرْقا بينهما بأن سباع البهائم إنما نجس سؤرها لمجاورته رطوبة فمها ولعابها، بخلاف سباع الطير، فإنها تشرب بمنقارها، وهو عظم يابس طاهر خال عن مجاورة نجس، وإذا كان عظم الميتة طاهرًا فعظم الحي أولى، فهذا أثر قوي باطن، فسقط له حكم القياس الظاهر [4].

---

(١) انظر: المنخول للغزاليّ ٤٧٨/١، والإحكام للآمديّ ١٥٧/٤، وبدائع الفوائد لابن القيم ٣٢/٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٣٨/٥، والتاج والإكليل لابن المَوَّاق ٢٢٦/٦، والحاوي للماورديّ ٣٢٥/٥، ٣٩٤، والمغني لابن قدامة ١٥٥/٤-١٥٧. وانظر بقية الكلام في المسألة ص ٢١٨ من هذا البحث.

(٣) قواطع الأدلة للسمعانيّ ٢٦٩/٢.

(٤) انظر: شرح مختصر الروضة للطوفيّ ٢٠٠/٣.

المطلب الخامس

الاستثناء بسبب الاستصحاب

الاستصحاب في اللغة: هو استفعال من الصحبة، وهي الملازمة، وكل ما لازم شيئًا فقد استصحبه [١].

وفي الاصطلاح: "هو عبارة عن الحكم بثبوت أمر في الزمان الثاني؛ بناء على ثبوته في الزمان الأول، لعدم وجود ما يصلح للتغيير" [٢].

فالاستصحاب عبارة عن التمسك بدليل عقليّ أو شرعيّ، وليس راجعا إلى عدم العلم بالدليل؛ بل إلى دليل مع العلم بانتفاء المغير، أو مع ظن انتفاء المغير عند بذل الجهد في الطلب[٣].

ويسمى الاستصحاب بـ"استصحاب الحال"؛ لأن المستدل يجعل الحكم الثابت في الماضي مصاحبًا للحال، أو يجعل الحال مصاحبًا لذلك الحكم [٤].

حجية الاستصحاب:

اختلف العلماء في الاحتجاج بالاستصحاب، وهذا الخلاف ليس على إطلاقه؛ لأن الاستصحاب أنواع، ولمعرفة المحل الذي تنازع العلماء فيه لابد من التعريج على أنواعه، وحاصلها خمسة أنواع:

---

(١) انظر: لسان العرب لابن منظور ٥٢٠/١ مادة (صحب).

(٢) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين الحنفيّ ٣٧٧/٣، وشرح مختصر ابن الحاجب لشمس الدين الأصفهانيّ ٢٦١/٣، ونهاية السول للإسنويّ ٣٦١/١.

(٣) المستصفى للغزاليّ ١٦٠/١.

(٤) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين الحنفيّ ٣٧٧/٣.

النوع الأول–استصحاب ما دل العقل أو الشرع على ثبوته ودوامه، كالملِك عند جريان القول المقتضي له، وشغل الذمة عند جريان إتلاف أو التزام، ودوام الحل في المنكوحة بعد تقرير النكاح[١].

النوع الثاني–استصحاب العدم الأصليّ المعلوم بدليل العقل في الأحكام الشرعيّة، كبراءة الذمة من التكليف حتى يدل دليل شرعيّ على تغيره، كنفي صلاة سادسة [٢].

فهذان النوعان اختلف فيهما العلماء على قولين:

القول الأول–ذهب جماهير العلماء أنهما حجة شرعيّة يجب العمل بهما [٣].

القول الثاني–ذهب أكثر الحنفية [٤] وبعض أصحاب الشافعيّ وجماعة من المتكلمين [٥] أنهما ليسا بحجة أصلًا لا لإثبات أمر لم يكن، ولا لإبقاء ما كان على ما كان.

أدلة القول الأول:

١–قوله ﷺ في الرجل يُخَيَّل له في الصلاة: «لا ينصرف حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا»[٦] وجه الاستدلال: أن النبيّ ﷺ حكم باستصحاب حكم الوضوء مع الشك في وجود الناقض حتى يدل الدليل على انتقاضه يقينًا.

---

(١) انظر: البحر المحيط للزركشيّ ١٨/٨،

(٢) انظر: المستصفى للغزاليّ ١٦٠/١، وإعلام الموقعين لابن القيم ٢٥٦/١، والبحر المحيط للزركشيّ ١٨/٨، وإرشاد الفحول للشوكانيّ ١٧٦/٢.

(٣) انظر: المراجع السابقة.

(٤) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين الحنفيّ ٣٧٨/٣، وقال أكثر المتأخرين من الحنفيّة كالقاضي الإمام أبي زيد والشيخين وصدر الإسلام أبي اليسر ومتابعيّهم: إنه لا يصلح حجة لإثبات حكم مبتدأ، ولا للإلزام على الخصم بوجه، ولكنه يصلح لإبلاء العذر وللدفع، فيجب عليه العمل به في حق نفسه، ولا يصح له الاحتجاج به على غيره قوله.

(٥) انظر: الإحكام للآمديّ ١٢٧/٤.

(٦) أخرجه البخاريّ، كتاب الوضوء، باب من لا يتوضأ من الشك حتى يستيقن ٣٩/١ برقم (١٣٧)، وأخرجه مسلم، كتاب الحيض، باب الدليل على أن من تيقن الطهارة، ثم شك في الحدث فله أن يصلي بطهارته تلك ٢٧٦/١ برقم (٣٦١).

٢-أن الإجماع منعقد على أن الإنسان لو شك في وجود الطهارة ابتداءً لا تجوز له الصلاة، ولو شك في بقائها جازت له الصلاة، ولو لم يكن الأصل في كل متحققًا دوامه للزم إما جواز الصلاة في الصورة الأولى، أو عدم الجواز في الصورة الثانية، وهو خلاف الإجماع.

٣-أن العقلاء وأهل العرف إذا تحققوا وجود شيء أو عدمه وله أحكام خاصة به، فإنهم يسوغون القضاء والحكم بها في المستقبل من زمان ذلك الوجود أو العدم، حتى إنهم يجيزون مراسلة من عرفوا وجوده قبل ذلك بمدد متطاولة، وإنفاذ الودائع إليه، ويشهدون في الحالة الراهنة بالدين على من أقر به قبل تلك الحالة، ولولا أن الأصل بقاء ما كان على ما كان؛ لما ساغ لهم ذلك (١).

دليل القول الثاني:

١-أن الأحكام الشرعيّة من وجوب وحرمة وكراهة وغيرها، لا تثبت إلا بدليل شرعيّ، وأدلة الشرع لا تخرج عن أربعة: كتاب أو سنة أو إجماع أو قياس، والاستصحاب ليس واحدًا منها، فلا يكون دليلًا شرعيًّا يُحتج به (٢).

الجواب عنه من وجهين:

الوجه الأول-أن الحكم الثابت بالاستصحاب: البقاء، والبقاء لا يكون حكمًا شرعيًّا؛ فلا يحتاج إلى دليل شرعيّ (٣).

الوجه الثاني-لو سلمنا أن البقاء حكم شرعيّ، فالاستصحاب دليل شرعيّ كما سبق في أدلة القول الأول.

الراجح:

يترجح -والله أعلم- القول الأول؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة المخالفين.

---

(١) الإحكام للآمديّ ١٢٧/٤، وشرح مختصر الروضة للطوفيّ ١٥٠/٣.

(٢) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين الحنفيّ ٣٧٩/٣.

(٣) انظر: الإحكام للآمديّ ١٣٥/٤.

النوع الثالث–استصحاب الحكم العقليّ عند المعتزلة، فإن عندهم أن العقل يحكم في بعض الأشياء إلى أن يرد الدليل السمعيّ، وهذا لا خلاف بين أهل السنة في أنه لا يجوز العمل به؛ لأنه لا حكم للعقل في الشرعيّات (١).

النوع الرابع–استصحاب الدليل، مع احتمال المعارض، إما تخصيصًا إن كان الدليل ظاهرًا، أو نسخًا إن كان الدليل نصًّا، فهذا أمر معمول به بالإجماع (٢).

وقد اختلف في تسمية هذا النوع بالاستصحاب، فأثبته جمهور الأصوليّين، ومنعه المحققون، وهي مناقشة لفظية (٣).

النوع الخامس–استصحاب الحكم الثابت بالإجماع في محل النزاع وهو راجع إلى الحكم الشرعيّ، بأن يتفق على حكم في حاله، ثم يتغير صفة المجمع عليه، فيختلفون فيه، فيستدل من لم يغير الحكم باستصحاب الحال.

مثاله: إذا استدل من يقول إن المتيمم إذا رأى الماء في أثناء صلاته لا تبطل صلاته؛ لأن الإجماع منعقد على صحتها قبل ذلك، فاستصحب الإجماع إلى أن يدل دليل على أن رؤية الماء مبطلة(٤).

وهذا النوع اختلف فيه العلماء على قولين:

القول الأول–ذهب جماهير العلماء إلى أنه ليس بحجة (٥).

---

(١) انظر: البحر المحيط للزركشيّ ١٩/٨، وإرشاد الفحول للشوكانيّ ١٧٦/٢.

(٢) انظر: كشف الأسرار لعلاء الدين الحنفيّ ٣٧٧/٣، والمستصفى للغزاليّ ١٦٠/١، والبحر المحيط للزركشيّ ١٨/٨، وإرشاد الفحول للشوكانيّ ١٧٦/٢.

(٣) كالجوينيّ في البرهان ١٧١/٢، وابن السمعانيّ في قواطع الأدلة ٣٥/٢ ودليله: "أن لفظ العموم دل على استغراقه جميع ما يتناوله اللفظ في أصل الوضع في الأعيان وفى الأزمان، فأي عين وجدت ثبت الحكم فيها، وأي زمان وجد ثبت الحكم فيه، يكون اللفظ دالًّا عليه وتناوله بعمومه، فيكون ثبوت الحكم في هذه الصورة من ناحية العموم لا من ناحية استصحاب الحال".

(٤) انظر: قواطع الأدلة لابن السمعانيّ ٣٧/٢، والبحر المحيط للزركشيّ ٢٠/٨.

(٥) انظر: التبصرة للشيرازيّ ٥٢٦/١، والمستصفى للغزاليّ ١٦٠/١، والإحكام للآمديّ ١٣٦/٤.

القول الثاني–ذهب بعض الأصوليّين من الشافعيّة والظاهرية إلى حجية هذا النوع [(١)].

أدلة القول الأول:

١–لأن الإجماع غير موجود في موضع الخلاف وما كان حجة لا يصح الاحتجاج به في الموضع الذي لا يوجد فيه، كألفاظ صاحب الشرع [(٢)].

٢–ولأن الاحتجاج لاستصحاب الحال يؤدي إلى التكافؤ والتعارض؛ وذلك أن ما من أحد يستصحب حال الإجماع في موضع الخلاف في صحة فعل وسقوط فرض إلا ولخصمه أن يستصحب حال الإجماع في اشتغال ذمته بالشرع وبقاء العبادة، فيتساويان في استصحاب حال الإجماع فيتكافآن، وبيان ذلك:

أنه من قال في المتيمم إذا رأى الماء في صلاته: إن صلاته لا تبطل، لأنا أجمعنا على صحة صلاته في انعقاد إحرامه، ولا يجوز إبطال ما أجمعوا عليه إلا بدليل، قيل له: قد أجمعنا على اشتغال ذمته بفرض الصلاة، فلا يجوز إسقاط ما أجمعوا عليه إلا بدليل، ولا يكون التعلق بأحد الإجماعين بأولى من التعلق بالإجماع الآخر، وما أدى إلى مثل هذا كان باطلًا [(٣)].

أدلة القول الثاني:

١–احتجوا بقوله تعالى: ﴿وَلَا تَكُونُوا كَالَّتِي نَقَضَتْ غَزْلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَاثًا﴾[(٤)] فدل على أن ما ثبت لا يجوز نقضه.

والجواب عنه: أن الآية تقتضي المنع من نقض ما هو ثابت، وما أجمعوا عليه في موضع الخلاف غير ثابت، فلا يدخل في الآية [(٥)].

---

(١) انظر: قواطع الأدلة لابن السمعانيّ ٣٧/٢.
(٢) انظر: التبصرة للشيرازيّ ٥٢٧/١، والبحر المحيط للزركشيّ ٢١/٨.
(٣) التبصرة للشيرازيّ ٥٢٧/١.
(٤) سورة النحل: الآية ٩٢.
(٥) التبصرة للشيرازيّ ٥٢٧/١.

٢-أن ما ثبت بالعقل من براءة الذمم يجب استصحابه في مواضع الخلاف، فكذلك ما ثبت بالإجماع وجب أن يكون كذلك إلى أن يقوم الدليل على قاطع يقطعه ومسقط يسقطه، فإذا لم يقم الدليل على سقوطه بقي ثابتًا على ما كان من قبل، ومن ادعى سقوطه فعليه الدليل (١).

الجواب عنه: قلنا إنما وجب استصحاب براءة الذمة؛ لأن دليل العقل في براءة الذمم قائم في موضع الخلاف فوجب استصحاب حكمه وليس كذلك هاهنا؛ لأن الإجماع الذي أوجب الحكم قد زال في موضع الخلاف فوجب طلب الدليل على إثبات حكمه (٢).

الراجح:

يترجح -والله أعلم- القول الأول؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة المخالفين بما لا يدع فيها مستمسكًا.

وقوع الاستثناء بالاستصحاب:

سبق معنا أن الاستصحاب دليل شرعيّ؛ ومن ثم يعتريه ما يعتري أدلة الشرع، ومن ذلك وقوع الاستثناء به، فمن ذلك:

-ذهب جماهير العلماء إلى مشروعية شركة الأبدان خلافًا للشافعيّ، واستثنى الحنفية شركة الأبدان في اكتساب المباحات فهي عندهم فاسدة؛ لأن الشركة مقتضاها الوكالة، ولا تصح الوكالة في هذه الأشياء، فاستصحبوا هنا حكم الوكالة على هذه الشركة (٣).

---

(١) قواطع الأدلة لابن السمعانيّ ٣٧/٢.

(٢) التبصرة للشيرازيّ ٥٢٩/١.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٥٤/١١، وبداية المجتهد لابن رشد ٣٨/٤، وروضة الطالبين للنوويّ ٢٧٩/٤، والمغني لابن قدامة ٤/٥. وانظر بقية الكلام في المسألة ص ٢٣٦ من هذا البحث.

-أجمع العلماء على عدم تضمين المودَع بلا تعدٍ ولا تفريط منه [1]، واستثنى الإمام أحمد في رواية عنه حال تلف الوديعة من بين مال المودَع فإنه يضمنها لمظنة تفريطه، فاستصحب التضمين في حال التفريط فيما يُظن فيه حصوله [2].

---

(١) انظر: الإشراف لابن المنذر ٦/٣٣٠، والمهذب للشيرازيّ ٢/١٨١.

(٢) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٦/٨. وسيأتي تفصيل المسألة.

المطلب السادس

الاستثناء بسبب الاستصلاح

الاستصلاح في اللغة: خلاف الاستفساد، والمصلحة خلاف المفسدة [1].

وفي الاصطلاح: هي المنفعة التي قصدها الشارع الحكيم لعباده، من حفظ دينهم، ونفوسهم، وعقولهم، ونسلهم، وأموالهم، طبق ترتيب معين فيما بينها [2].

حجية الاستصلاح:

إذا نظرنا إلى المصالح من جهة اعتبار الشارع لها وجدناها على ثلاثة أنواع:

النوع الأول–مصلحة معتبرة:

وهي المصلحة التي ثبت اعتبارها بنص أو إجماع، بورود دليل معين بخصوصها لبناء الحكم عليها، وقد عبر عنها الأصوليّون بـالمصلحة المعتبرة، أو المناسب المعتبر، وهذا النوع يجوز به، وبناء الأحكام عليه بإجماع القائلين بحجية القياس، ويدخل في هذا النوع جميع المصالح التي جاءت الأحكام المشروعة بتحقيقها، كحفظ العقل الذي شرع الشارع لتحقيقه تحريم الخمر، وإيجاب الحد على شاربها، وحفظ المال الذي شرع الشارع لتحقيقه تحريم السرقة وقطع يد السارق.

وعن طريق هذا النوع من المصالح المعتبرة جاء دليل القياس؛ فإنه مبني على النظر في الأحكام المشروعة، ومعرفة قصد الشارع فيها إلى مصلحة بعينها، حتى إذا وجدت هذا المصلحة في واقعة أخرى أخذت حكم الواقعة المصرح بحكمها بالقياس عليها.

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٥١٦/٢ مادة (صلح) و٣٣٥/٣ مادة (فسد).

(٢) انظر: المستصفى للغزاليّ ١٧٤/١، والبحر المحيط للزركشيّ ٨٣/٨، وضوابط المصلحة للبوطيّ ص٢٣.

فهذا القسم يجب امتثاله سواء أظهر لنا وجه المصلحة فيه أم لم يظهر؛ لعلمنا يقينًا أن كل ما جاءت به الشريعة المطهرة فهو مصلحة للعباد [١].

النوع الثاني–مصلحة ملغاة:

وهي المصلحة التي عُلِم من الشارع عدم اعتبارها، وهي معانٍ قام الدليل الشرعيّ على إلغائها وعدم اعتبارها، وتسمى عند الأصوليّين بالمناسب الملغى، أو المصلحة الملغاة، وهي لا يصح التعليل بها، ولا بناء الحكم عليها اتفاقًا، مع العلم أن الشارع الحكيم لا يحكم بإلغاء مصلحة من المصالح إلا إذا ترتب على اعتبارها ضياع مصلحة أرجح منها، أو حصول مفسدة تفوق المصلحة [٢].

ومثال ذلك ما حُكِيَ عن بعض أكابر العلماء أنه دخل على بعض السلاطين فسأله عن الوقاع في نهار رمضان، فقال: عليك صيام شهرين متتابعيّن. فلما خرج راجعه بعض الفقهاء وقالوا له: القادر على إعتاق الرقبة كيف يعدل به إلى الصوم، والصوم وظيفة المعسرين، وهذا الملك يملك عبيدًا غير محصورين؟ فقال لهم: لو قلت له عليك إعتاق رقبة لاستحقر ذلك وأعتق عبيدًا مرارًا، فلا يزجره إعتاق الرقبة ويزجره صوم شهرين متتابعيّن.

فهذا المعنى مناسب؛ لأن الكفارة، مقصود الشرع منها الزجر، والملك لا يزجره الإعتاق ويزجره الصيام، لكن هذه المصلحة ملغاة؛ لأنها معارضة للنص الشرعيّ؛ إذ إن الكفارة مرتبة على الاستطاعة، فيجب أولًا العتق، فإن لم يستطع فعليه صيام ستين يومًا، فإن لم يستطع فعليه إطعام ستين مسكينًا [٣].

---

(١) انظر: المستصفى للغزاليّ ١/١٧٣، ومذكرة الشنقيطيّ ص٢٠١، وعلم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص٨٤–٨٥.

(٢) انظر: الاعتصام للشاطبيّ ١/٦٠٩، والمستصفى للغزاليّ ١/١٧٩، وشرح مختصر الروضة للطوفيّ ٣/٢١٠.

(٣) انظر: المستصفى للغزاليّ ١/١٧٤.

النوع الثالث–مصلحة مرسلة:

وهي المصلحة التي لم يشهد الشرع باعتبارها ولا بإلغائها بدليل معين من نص أو إجماع أو قياس، وسميت بالمرسلة؛ لإرسالها عن شهادة دليل معين لا بالاعتبار أو الإلغاء.

وحقيقتها: كل منفعة داخلة في مقاصد الشرع من دون أن يكون لها شاهد بالاعتبار أو الإلغاء، فإذا حدثت واقعة لم نجد لها من الشرع حكمًا، ولم تتحقق فيها علة اعتبرها الشارع لحكم من أحكامه، ووُجِدَ فيها أمر مناسب لتشريع حكم من شأنه أن يدفع ضررًا أو يحقق نفعًا، فهذا الأمر المناسب يسمى المناسب المرسل أو المصلحة المرسلة. ووجه أنه مصلحة: هو بناء الحكم عليه مظنة دفع ضرر أو جلب نفع، وإنما سميت مرسلة؛ لأن الشارع أطلقها، فلم يقيدها باعتبار ولا إلغاء.

وليس معنى ذلك أن المصلحة المرسلة مجردة عن أي دليل تستند إليه أو مجردة عن أي دليل يلغيها، بل لا بد أن تكون مستندة إلى دليل ما، قد اعتبره الشارع، غير أنه دليل لا يتناول أعيان هذه المصالح بخصوصها، وإنما يتناول الجنس البعيد لها، كجنس حفظ الأرواح والعقول والأنساب (١).

ولقد شاع لدى بعض الناس أن الإمام مالك وحده هو الآخذ بالمصالح المرسلة دليلًا من أدلة الأحكام الشرعيّة، وأضاف بعضهم إليه الإمام أحمد، لكن النظر الدقيق يثبت أن الأئمة الأربعة أخذوا بها، وإن كان ذلك تحت أسماء أخرى فالعبرة بالمعنى قبل المبنى.

فالإمام أبو حنيفة عالجها تحت باب الاستحسان والعرف، والمصلحة قريبة من الاستحسان والعرف؛ إذ إنه كان يعتبر القياس أصلًا حيث لا نص ولا قول صحابيّ ما دام سائغًا، فإن لم يبق سائغًا أخذ بالاستحسان ما استقام له، فإن لم يستقم له أخذ بما يتعامل به الناس، وهو العرف، والأخذ بالعرف والاستحسان يقتضي اعتبار المناسب المرسل، والإمام الشافعيّ عالجها تحت باب القياس العام، أي من باب الأخذ بالمصلحة التي شهدت لها نصوص الشرع وقواعده العامة، وإن لم

(١) انظر: الاعتصام للشاطبيّ ٦١٢/١، والمستصفى للغزاليّ ١٧٥/١، والبحر المحيط للزركشيّ ٨٣/٨.

يشهد لها نص معين، وكذلك علماء مذهبه وهذا هو بعينه الاستدلال المرسل، وهذا نظر ثاقب من الإمام الشافعيّ؛ لأن المصلحة قياس معنى وإن لم تكن قياس لفظ.

وعلى ذلك يمكن أن نقول: إن المصلحة دليل شرعيّ مسلم بها من جمهور الفقهاء (١).

فالخلاف بينهم في كون المصلحة دليلًا مستقلًا أو أنها مندرجة تحت دليل آخر من الأدلة، وإلا فجميعهم يقررون أن الشريعة مبنية على رعاية المصالح، وجميعهم بنوا بعض الفروع على المصلحة وإن اختلفوا في التسمية، وهذا ما عليه أكثر الصحابة والتابعيّن، ولكن الخلاف اشتهر فيها بين الأصوليّين وهو خلاف لفظيّ لا يترتب عليه ثمرة في الفروع (٢).

والأدلة على اعتبار المصلحة المرسلة كثيرة، فمنها:

١-الآيات الدالة على أن الشريعة جاءت لمصالح العباد والتيسير عليهم، كقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ﴾(٣)، وقوله تعالى: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ﴾(٤)، وقوله تعالى:

(١) وبالغ الطوفيّ -عفا الله عنه- في الاحتجاج بالمصالح المرسلة حتى لو عارضت النص والإجماع، وادعى أن المصلحة أقوى من الإجماع، بل أقوى من أدلة الشرع كلها؛ لأن الأقوى من الأقوى أقوى، واستدل على ذلك ببيان اهتمام الشارع بها، وبإيراد الاعتراضات على أدلة الإجماع الموهنة لحجيته، وقوله هذا فيه اجتراء على النصوص، فنصوص الشريعة إنما جاءت لمصالح المكلفين فكيف يُقال بمعارضتها لمصالحهم، فالخالق أدرى حيث تكمن مصالح عباده، وحيث تكمن مضارهم، فالمصلحة الحقيقية ما عرفت بهدي النصوص أو توابعها، ولا عبرة بمن قد يحسبها مفسدة. انظر: شرح مختصر الروضة للطوفيّ ٢٠٦/٣.

(٢) انظر: التقرير والتحبير لابن أمير الحاج ١٥٠/٣، وتيسير التحرير لأمير بادشاه الحنفيّ ٣١٤/٣، والموافقات للشاطبيّ ٣٢/١، وشرح تنقيح الفصول للقرافيّ ٣٩٤/١، والبرهان للجوينيّ ١٦٣/٢-١٦٥، والمستصفى للغزاليّ ١٧٩/١، وتخريج الفروع على الأصول للزنجاني ٣٢٠/١، وقواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٨٩/٢، والقواعد النورانية لابن تيمية٢٠٥/١، وإعلام الموقعين لابن القيم ٢٩٧/٢، ونزهة الخاطر العاطر لابن بدران ٥١٠/١. ومحصلة الخلاف عند الأصوليّين ثلاثة أقوال: فمنهم من يرى الجواز مطلقًا، ومنهم من يراه مشروطًا، ومنهم من يمنع الأخذ بالمصالح المرسلة مطلقًا، ولكن عند التتبع والاستقراء فالعلماء جميعهم يستدلون بالمصالح المرسلة، ولكن تختلف هذه المذاهب في التوسع والتضييق في الأخذ بها؛ ولهذا يقول القرافيّ في شرح تنقيح الفصول للقرافيّ ٣٩٤/١: "أما المصلحة المرسلة فالمنقول أنها خاصة بنا، وإذا تفقدت وجدتهم إذا قاسوا وجمعوا، وفرقوا بين المسألتين لا يطلبون شاهدًا بالاعتبار لذلك المعنى الذي به جمعوا وفرقوا، بل يكتفون بمطلق المناسبة، وهذا هو المصلحة المرسلة، فهي إذن في جميع المذاهب".

(٣) سورة البقرة: الآية ١٨٥.

(٤) سورة النساء: الآية ٢٨.

﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ﴾[1] فهذه الآيات تدل على أن من مقاصد الشرع التيسير على الناس ورفع الحرج، والعمل بالمصالح المرسلة فيه تيسير على الناس؛ إذ لو كُلِّفْنا الرجوع إلى النصوص الخاصة لخلت كثير من الوقائع عن الأحكام [2].

٢-أن الصحابة ﷺ عملوا بالمصالح المرسلة فيما طرأ لهم الحوادث، فمن ذلك: جمع القرآن في مصحف واحد، وإيقاع عمر الطلاق الثلاث بكلمة واحدة، وقتل الجماعة بالواحد، والصحابة في ذلك لا يصدرون عن رأي مجرد أو هوى متبع، وإنما يصدرون عن القرآن الذي تلقوه، والنبيّ ﷺ الذي تعلموا على يديه [3].

ومما ينبغي لنا الإشارة إليه أن المحتجين بالمصلحة المرسلة احتاطوا للاحتجاج بها؛ لكيلا تكون بابًا للتشريع بالهوى والتشهي؛ ولهذا اشترطوا في المصلحة المرسلة التي يبني عليه التشريع شروطًا أربعة:

١-أن تكون مصلحة حقيقة راجحة وليست مصلحة وهمية أو مرجوحة، والمراد بها: أن يتحقق من أن تشريع الحكم في الواقعة يجلب نفعًا أعظم أو يدفع ضررًا أعظم، وأما مجرد توهم أن التشريع يجلب نفعًا من غير موازنة بين ما يجلبه من ضرر، فهذا بناء على مصلحة وهمية أو مرجوحة لم يعهد الشرع باعتبارها [4].

٢-أن تكون مصلحة عامة وليست مصلحة شخصية، والمراد بهذا: أن يتحقق من أن تشريع الحكم في الواقعة يجلب نفعا لأكبر عدد من الناس، أو يدفع ضررًا عنهم، وليس لمصلحة فرد أو أفراد قلائل منهم [5].

---

(١) سورة الأنبيّاء: الآية ١٠٧.

(٢) انظر: قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ١٨٩/٢،

(٣) انظر: تخريج الفروع على الأصول للزنجاني ٣٢٠/١، وشرح مختصر الروضة للطوفيّ ٢١٣/٣.

(٤) انظر: الاعتصام للشاطبيّ ٦٣١/١، والبحر المحيط للزركشيّ ٨٧/٨.

(٥) علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص٨٦.

٣-ألا يعارض التشريع لهذه المصلحة حكمًا أو مبدأ ثبت بالنص أو الإجماع، فلا يصح اعتبار المصلحة التي تقتضي مساواة الابن والبنت في الإرث؛ لأن هذه مصلحة ملغاة لمعارضتها نص القرآن [١].

٤-أن تكون في مواضع الاجتهاد لا في المواضع التي يتعين فيها التوقيف، كأسماء الله وصفاته وأصول العبادات [٢].

وقوع الاستثناء بالاستصلاح:

تقرر معنا أن المصالح المرسلة حجة عند الفقهاء جميعهم وإن اختلفت تسميات بعض العلماء لها؛ ولذلك وقع الاستثناء بها كما وقع في بقية الأدلة الشرعيّة، فمن ذلك:

-ما أورده بعض المالكية من أنه يجوز للإمام العدل المطاع المفتقر إلى تكثير الجنود لسد الثغور وحماية المِلك المتسع الأقطار، وخلا بيت المال، وارتفعت حاجات الجند إلى ما لا يكفيهم، فللإمام أن يوظف على الأغنياء ما يراه كافيًا لهم في الحال، إلى أن يظهر مال بيت المال، وهذا الحكم مستثنى من عموم النصوص التي تحرم أخذ مال المسلم إلا برضاه وبطيب نفس منه [٣].

-ومن ذلك ما ذهب إليه جماهير العلماء من تحريم بيع العصير لمن يتخذه خمرًا واستثنوه من عموم إباحة البيع خلافا للحنفية، وتمسك الجمهور بعموم الأدلة التي تأمر بالتعاون على البر والتقوى وعدم التعاون على الإثم والعدوان وبعموم أدلة تحريم الخمر [٤].

-ومن ذلك ما ذهب إليه جماهير العلماء من وجوب الضمان على الأجير الخاص فيما تلف في يده بتعديه أو تفريطه، وهو مستثنى من عموم عدم الضمان في الأمانات، وذلك صيانة لأموال

---

(١) انظر: البرهان للجوينيّ ١٦٥/١، والمستصفى للغزاليّ ١٧٩/١.

(٢) الاعتصام للشاطبيّ ٦٣١/١.

(٣) المرجع السابق ٦١٩/١.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٢٨٣/٢، وحاشية الدسوقيّ ٧/٣، والمجموع للنوويّ ٣٥٣/٩، والمغني لابن قدامة ٢٨٣/٢. وانظر بقية الكلام في المسألة ص ١٤٨ من هذا البحث.

الناس من التلاعب والتلف، لأن حفظ المال من الضرورات الخمس التي جاءت الشريعة بحفظها وصيانتها [1].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٢١١/٤، والبحر الرائق لابن نجيم ٣٤/٨، والمهذب للشيرازيّ ٢٦٧/٢، والمغني لابن قدامة ٣٨٩/٥. وانظر بقية الكلام في المسألة ص ٢٦٣ من هذا البحث.

المطلب السابع

الاستثناء بسبب العرف

العرف في اللغة: ضد النكر، وهو كل ما تعرفه النفس من الخير وتطمئن إليه [(١)]. ويطلق أيضًا على تتابع الشيء متصلًا بعضه ببعض، ويطلق على السكون والطمأنينة [(٢)]. والمعنى الأول هو الذي أراده الأصوليّون والفقهاء من بحثهم له.

وفي الاصطلاح: عرفه العلماء قديمًا وحديثًا بتعريفات عدة تكاد تكون متقاربة فيما بينها، وأكتفي بذكر تعريفين منها:

الأول–ما استقرت النفوس عليه بشهادة العقول، وتلقته الطبائع بالقبول [(٣)].

والثاني–ما يستقر في النفوس من الأمور المتكررة المقبولة عند الطباع السليمة [(٤)].

وهي كلها متقاربة فيما بينها فلا داعي للإطالة في ذكرها [(٥)].

حجية العرف:

لقد عَدَّ العلماء العرف أصلًا من أصول الاستنباط تبنى عليه الأحكام، ومن أقوالهم الدالة على حجية العرف: "العادة محكمة" و"المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا"؛ فلذلك بنوا على العرف كثيرًا من الأحكام الشرعيّة والفروع الفقهية، فقلَّما تجد بابًا من أبواب الفقه لا يكون للعرف

---

(١) لسان العرب لابن منظور ٢٣٩/٩ مادة (عرف).

(٢) مقاييس اللغة لابن فارس ٢٨١/٤ مادة (عرف).

(٣) التعريفات للجرجانيّ ١٤٩/١.

(٤) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٧٩/١.

(٥) فمن هؤلاء: ابن عطية في تفسيره المحرر الوجيز ٤٩١/٢، والقرطبيّ في تفسيره ٣٤٦/٧. وقد فرّق بعض العلماء بين العرف والعادة، والحقيقة أنه على الرغم من هذا الاختلاف الذي يذكرونه فإن الفقهاء أجروا العادة والعرف في الأقوال والأفعال بمعنى واحد في استعمالاتهم، وفي بناء الأحكام عليها عند التفريع. انظر: علم أصول الفقه لعبد الوهاب خلاف ص٨٩.

مدخل في أحكامه [1]، ومن ذلك ما جاء في المبسوط: "وتعامل الناس من غير نكير أصل من الأصول كبير... وهو نظير دخول الحمام بأجر، فإنه جائز لتعامل الناس، وإن كان مقدار المكث فيه وما يصب من الماء مجهولًا، وكذلك شرب الماء من السقا بفلس، والحجامة بأجر جائز لتعامل الناس" [2]. وجاء في الموافقات: "والحكم أيضًا يتنزل على ما هو معتاد فيه بالنسبة إلى من اعتاده دون من لم يعتده، وهذا المعنى يجري كثيرًا في الأيمان والعقود والطلاق، كناية وتصريحًا" [3]. وجاء في فتح الباري: "وفيه اعتماد العرف في الأمور التي لا تحديد فيها من قبل الشرع... والشافعيّة إنما أنكروا العمل بالعرف إذا عارضه النص الشرعيّ أو لم يرشد النص الشرعيّ إلى العرف" [4]. وجاء في شرح الكوكب المنير: "من أدلة الفقه أيضًا "تحكيم العادة" وهو معنى قول الفقهاء: "إن العادة محكمة" أي معمول بها شرعًا" [5].

وبهذا يمكن الجزم بأن العرف من الأدلة التي لم ينازع فيها أحد من الفقهاء؛ إذ هم متفقون على اعتبار العرف الصحيح دليلًا في الجملة يُرجع إليه لمعرفة الأحكام إذا أعوزهم النص، وهم لا يقصدون بكونه معتبرًا أنه ينشئ أحكام الشرع، أو يظهرها كنص الكتاب والسنة، بل يقصدون بذلك أن نصوص الشرع وعبارات المتعاملين تفسر وَفْقَ عرف الخطاب طالما أنه ليس هناك نص شرعيّ.

أما الحالات التي يظهر فيها العرف منشئًا للأحكام كدخول الحمام، أو بيع المعاطاة فإن الدليل المنشئ للحكم ليس العرف مستقلًا، وإنما يسنده إما السنة التقريرية أو الإجماع العمليّ، أو اعتبار المصلحة ورفع الحرج، أو الاستحسان [6].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٧٩، وشرح تنقيح الفصول للقرافيّ ٤٤٨/١، والأشباه والنظائر للسبكيّ ٥٠/١، والأشباه والنظائر للسيوطي ٩٠/١.

(٢) المبسوط للسرخسيّ ١٣٨/١٢.

(٣) الموافقات للشاطبيّ ٤٩٩/٢.

(٤) فتح الباري لابن حجر ٥١٠/٩ في سياق شرحه لقول النبيّ ﷺ لهند بنت عتبة: «خذي ما يكفيك وولدك بالمعروف».

(٥) شرح الكوكب المنير لابن النجار ٤٤٨/٤.

(٦) انظر: الاعتصام للشاطبيّ ٦٠٧/١.

وأدلتهم على اعتبار العرف كثيرة، أكتفي بذكر أصرحها من الكتاب والسنة:

١-قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَمِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ﴾(١) وجه الاستدلال: أن الله ﷻ أمر بالاستئذان في هذه الأوقات التي جرت العادة فيها بالابتذال ووضع الثياب، فقد بنى الحكم الشرعيّ على ما كانوا يعتادونه (٢).

٢-أن رسول الله ﷺ قضى على أهل الأموال حفظها بالنهار، وما أفسدت المواشي بالليل فهو ضمان على أهلها (٣). وجه الاستدلال: أن النبيّ ﷺ بنى التضمين على ما جرت به عادة الناس؛ إذ إن عادتهم إرسال مواشيهم بالنهار للرعي، وحبسها بالليل للمبيت، وعادة أهل البساتين والمزارع أن يكونوا عند أموالهم في النهار دون الليل (٤).

---

(١) سورة النور: الآية ٥٨.

(٢) انظر: تفسير القرطبيّ ٣٠٤/١٢.

(٣) رواه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، القضاء في الضواري والحريسة ١٠٨٢/٤ برقم (٢٧٦٦)، وأخرجه ابن ماجه، كتاب الأحكام، باب الحكم فيما أفسدت المواشي ٧٨١/٢ برقم (٢٣٣٢)، وأخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب المواشي تفسد زرع قوم ٢٩٨/٣ برقم (٣٥٦٩)، ورواه الحاكم في المستدرك، كتاب البيوع ٥٥/٢ برقم (٢٣٠٣) وقال: هذا حديث صحيح الإسناد، ورواه البيهقيّ في الكبرى، كتاب الأشربة والحد فيها، باب الضمان على البهائم ٥٩٢/٨ برقم (١٧٦٧٥)،وقال ابن عبد البر في التمهيد: "هذا الحديث وإن كان مرسلًا فهو حديث مشهور أرسله الأئمة، وحدث به الثقات، واستعمله فقهاء الحجاز وتلقوه بالقبول، وجرى في المدينة به العمل، وقد زعم الشافعيّ أنه تتبع مراسيل سعيد بن المسيب فألفاها صحاحًا، وأكثر الفقهاء يحتجون بها، وحسبك باستعمال أهل المدينة وسائر أهل الحجاز لهذا الحديث". ٨٢/١١ وقال أيضًا: "وهو حديث مشهور وصحيح من حديث الأئمة الثقات، مع عمل أهل المدينة به وسائر أهل الحجاز" التمهيد ٨٥/١١. وقال الشافعيّ: "أخذنا به لثبوته ومعرفة رجاله" تكملة المجموع للمطيعيّ ٢٦٠/١٩، وقال الماورديّ في الحاوي: "رواه الشافعيّ عن مالك عن الزهريّ مرسلًا، ورواه الشافعيّ عن أيوب عن الأوزاعيّ عن الزهريّ مسندًا فتأكد".٤٦٨/١٣.

(٤) انظر: التمهيد لابن عبد البر ٨٧/١١، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٣٨/١٥. وسيأتي تفصيل المسألة ص ٤٠٦.

وقد اشترط الفقهاء لاعتبار العرف أربعة شروط:

الأول–ألا يخالف العرف نصًّا من كتاب أو سنة: فلو تعارف الناس على التعامل بالربا فلا اعتبار لهذا العرف؛ لأنه عرف فاسد لمخالفته نصوص الشرع [١].

الثاني–أن يكون العرف مطردًا أو غالبًا: ومعنى الإطراد: أن يكون العمل به لدى متعارفيه مستمرًا في جميع الحوادث لا يتخلف في واحدة منها، ومعنى الغلبة: أن يكون جاريًا في أكثر الحوادث إذا لم يكن جميعها [٢].

الثالث–أن يكون العرف موجودًا عند إنشاء التصرف: وذلك بأن يقارن الفعل من دون تأخير، فلو كان العرف طارئًا فلا عبرة به [٣].

الرابع–ألا يعارض العرف تصريح بخلافه [٤]: كما لو استأجر شخصٌ آخرَ ليعمل له من الظهر إلى العصر فقط بأجرة معينة، فليس للمستأجِر أن يلزم الأجير العمل من الصباح إلى المساء بداعي أن عرف البلدة كذلك، بل يتبع المدة المعينة بينهما [٥].

وقوع الاستثناء بالعرف:

تقرر معنا فيما سبق أن جميع الأئمة متفقون على اعتبار العرف، ونورد هنا بعض الفروع الفقهية التي استثناها الفقهاء بسبب العرف، فمن ذلك:

---

(١) انظر: الموافقات للشاطبيّ ٤٨٨/٢.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطيّ ٩٢/١.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٦، وشرح تنقيح الفصول للقرافيّ ٢١١/١.

(٤) قواعد الأنام للعز ابن عبد السلام ١٨٦/٢.

(٥) درر الحكام في شرح مجلة الأحكام لعلي أفندي ٤٧/١.

-ما ذهب إليه الشافعيّة من عدم صحة بيع المعاطاة خلافًا للجمهور، ثم استثنى الشافعيّة بيع المعاطاة في المحقَّرات من دون الأمور الغالية والنفيسة، ودليلهم على الاستثناء: أن العرف جرى في الشيء اليسير [١].

-ومن ذلك ما ذهب إليه جماهير العلماء من عدم جواز تعليق البيع على شرط، ثم استثنى الحنابلة من ذلك بيع العربون، ومما استدلوا به أنه قد تعارف عليه كثير من البلدان، وقالوا: إن العرف معتبر إذا لم يعارضه نص [٢].

-ومن ذلك ما ذهب إليه جماهير العلماء من عدم جواز بيع المعدوم [٣]، ثم استثنوا عقد الاستصناع [٤] على خلاف بينهم هل هو عقد مستقل بذاته كما تقول الحنفية، أم ملحق بالسلم، ويستدلون بالإجماع العمليّ عليه، فإن المسلمين اليوم حتى أولئك الذين يصرحون بعدم جواز عقد الاستصناع هم يمارسونه عمليًا في حياتهم، فيذهب الواحد منهم إلى الخياط، ويقاوله على خياطة ثوب، ويكون الثوب والعمل من لدن الخياط، وهذا استدلال بعرف الناس [٥].

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٣٤/٥، ومواهب الجليل للحطاب ٢٢٨/٤، والمجموع للنوويّ ١٤٧/٩، وكشاف القناع للبهوتيّ ١٤٦/٣-١٤٨. وانظر بقية الكلام في المسألة ص ١٠٥ من هذا البحث.

(٢) انظر تبيين الحقائق للزيلعيّ مع حاشية الشلبيّ ١٣١/٤، والشرح الكبير للدردير ٦٣/٣، والمجموع للنوويّ ٣٣٥/٩، والمغني لابن قدامة ١٧٥/٤. وانظر بقية الكلام في المسألة ص ١٥٦ من هذا البحث.

(٣) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٢٧٩/٥، وبداية المجتهد لابن رشد ١٦٨/٣، والحاوي للماورديّ ٣٢٥/٥، والمغني لابن قدامة ١٥٥/٤/٤-١٥٧.

(٤) هو عقد على مبيع في الذمة شُرِط فيه العمل، وهذا تعريف الكاسانيّ في البدائع ٢/٥، أما الجمهور فلا يذكرون عقد الاستصناع بتعريف مستقل، وإنما يذكرونه في باب السلم: في بيع شيء موصوف في الذمة مما تدخله الصنعة، ويصرحون بعدم جوازه إذا لم تتوفر فيه شروط السلم، أما الحنفيّة فهم يَعُدُّونه عقدًا مستقلًا متميزًا بأحكامه.

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٢/٥، وتبيين الحقائق للزيلعيّ مع حاشية الشلبيّ ١٢٣/٤.

الباب الأول

المستثنيات الفقهيّة في العقود المالية

فيه ثلاثة فصول:

الفصل الأول–المستثنيات الفقهيّة في عقود المعاوضات.

الفصل الثاني–المستثنيات الفقهيّة في عقود التبرعات.

الفصل الثالث–المستثنيات الفقهيّة المتعلقة بالديون.

الفصل الأول

المستثنيات الفقهيّة في عقود المعاوضات

وفيه اثنا عشر مبحثًا:

المبحث الأول–المستثنيات في صيغ البيع.

المبحث الثاني–المستثنيات في شروط البيع.

المبحث الثالث–المستثنيات في الشروط في البيع.

المبحث الرابع–المستثنيات في باب الخيار.

المبحث الخامس–المستثنيات في باب الربا والصرف.

المبحث السادس–المستثنيات في باب بيع الأصول والثمار.

المبحث السابع–المستثنيات في باب السلم.

المبحث الثامن–المستثنيات في باب الشركة.

المبحث التاسع–المستثنيات في باب المساقاة.

المبحث العاشر–المستثنيات في باب الإجارة.

المبحث الحادي عشر–المستثنيات في باب السبق.

المبحث الثاني عشر–المستثنيات في باب الشفعة.

المبحث الأول

المستثنيات في صيغ البيع

وفيه مطلبان:

المطلب الأول–استثناء حال التفرق عن المجلس والتشاغل بما يقطعه من صحة تراخي القبول عن الإيجاب.

المطلب الثاني–استثناء الشيء اليسير من عدم صحة بيع المعاطاة.

المطلب الأول

استثناء حال التفرق عن المجلس والتشاغل بما يقطعه من صحة تراخي القبول عن الإيجاب

هذا المطلب فيه فرعان:

الفرع الأول–تعريف الإيجاب والقبول، وبيان حكم تراخي القبول عن الإيجاب:

الإيجاب لغةً: مصدر أوجب، بمعنى ألزم، ووجب البيع أي لزم وثبت [١].

القبول لغة: من قَبِلَ الشيء قَبولًا إذا رضيه، وقبول الشيء محبته والرضا به وميل النفس إليه [٢].

وفي اصطلاح الفقهاء:

ذهب الحنفيّة إلى أن الإيجاب: هو ما صدر أولًا من العاقد أيًّا كان منهما، والقبول: هو ما صدر من العاقد الآخر أيًّا كان [٣].

وذهب جمهور الفقهاء من المالكيّة والشافعيّة والحنابلة إلى أن الإيجاب: هو ما يصدر من المُمَلِّك كالبائع والمؤجر سواء صدر أولًا أم ثانيًا، أما القبول: فهو ما يصدر من المتملك كالمشتري والمستأجر سواء صدر أولًا أم ثانيًا [٤].

وهذه التعريفات متقاربة فيما بينها، والخلاف في ذلك خلاف اصطلاحيّ، ولا ثمرة تُذكر من ذلك، والمقصود أن يصدر لفظ الإيجاب من أحد العاقدين ويصدر القبول من العاقد الآخر، وبذلك يتم عقد البيع.

---

(١) انظر: مقاييس اللغة لابن فارس ٨٩/٦، مادة (وجب)، ولسان العرب لابن منظور ٧٩٣/١، مادة (وجب).

(٢) انظر: تهذيب اللغة للأزهريّ ١٣٦/٩، مادة (قبل)، ولسان العرب لابن منظور ٥٣٤/١١، مادة (وجب).

(٣) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٣٤٤/٣، وحاشية الشلبيّ على تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٣/٤.

(٤) انظر: حاشية الدسوقيّ على الشرح الكبير ٣/٣، والمجموع للنوويّ ١٦٥/٧، والمغني لابن قدامة ٥٦١/٣.

حكم تراخي القبول عن الإيجاب:

اختلف الفقهاء في حكم تراخي القبول والإيجاب عن قولين:

القول الأول–ذهب جمهور الفقهاء من الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة إلى عدم اشتراط الفورية في القبول (١).

القول الثاني–ذهب الشافعيّة إلى اشتراط الفورية في القبول (٢).

أدلة القول الأول:

١–أن القابل يحتاج إلى فترة للتأمل، فلو اشترطت الفورية لا يمكنه التأمل، كما أن في اشتراط الفورية تضييق على القابل، أو تفويت للصفقة من غير مصلحة راجحة، فإن رفض فورًا فتضيع عليه الصفقة، وإن قبل فورًا فربما كان في العقد ضرر له، فيحتاج لفترة تأمل للموازنة بين ما يأخذ أو يغنم، وبين ما يعطي أو يغرم في سبيل العقد (٣).

أدلة القول الثاني:

١–أن في تأخر القبول عن الإيجاب إشعار بالإعراض عن القبول وإتمام العقد (٤).

ويجاب عنه: أننا لا نسلم أن تأخر القبول عن الإيجاب هو إعراض مطلقًا، بل هو لأجل أن يتأمل القابل في مصلحته في العقد.

٢–أن حال القبول مع الإيجاب كحال المستثنى مع المستثنى منه، وحال الشرط مع المشروط، وحال الخبر مع المبتدأ، لا يتم أحدهما إلا أن يرتبط بالآخر.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٣٧/٥، ومواهب الجليل للحطاب ٤٠/٤، وكشاف القناع للبهوتيّ ٤١/٥.
(٢) مغني المحتاج للشربينيّ ٦/٢.
(٣) بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٣٧/٥.
(٤) مغني المحتاج للشربينيّ ٦/٢.

ويجاب عنه: أن اشتراط الفورية في القبول فيه مشقة على المتعاقدين، والشريعة جاءت تيسيرًا لحياة الناس لاسيما في أبواب المعاملات التي الأصل فيها الحل والإباحة [(١)].

الراجح:

يترجح -والله أعلم-ما ذهب إليه جمهور الفقهاء؛ لأن في اشتراط الفورية في القبول مشقة تخالف الأصل الذي بُنيت عليه المعاملات بغير دليل معتبر يعضده.

سبب الخلاف:

يظهر من الخلاف السابق أن ملاحظة مصلحتي الموجب والقابل هي سبب الخلاف، فمصلحة الموجب تقتضي ألا يكون إيجابه معلقًا إلا بقدر أن يتمكن القابل من الرد، ومصلحة القابل تقتضي أن تُعطى له الفرصة الكافية للتروي والتدبر، فراعى الجمهور مصلحة القابل، وراعى الشافعيّة مصلحة الموجب.

ثمرة الخلاف:

يظهر -والله أعلم-أن الخلاف لا ثمرة له؛ لأن الشافعيّة عوضوا عن هذه الفورية إعطاء حق الخيار للمتعاقدين، فلكلٍّ منهما حق فسخ العقد ما داما في مجلس العقد [(٢)].

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء التفرق عن المجلس والتشاغل بما يقطعه:

يَرِدُ هذا الاستثناء على قول جماهير الفقهاء القائلين بعدم اشتراط الفورية في القبول، فهم راعوا حق القابل وأعطوه الفرصة للتروي والتأمل، كما أنهم لم يفرطوا بحق الموجِب فجعلوا لإيجابه حدًا ينتهي إليه ويبطل به، وذلك في حالتين:

١-التفرق عن المجلس.

---

(١) انظر: العناية شرح الهداية للبابرتي ٧٨/٥.

(٢) مغني المحتاج للشربينيّ ٦/٢.

٢-التشاغل بما يقطعه [1].

واستدلوا بما يأتي:

١-لأن حكم المجلس حكم حالة العقد بدليل صحة القبض فيما يشترط القبض فيه، وثبوت الخيار في عقود المعاوضات.

٢-ولأن التفرق عن المجلس والتشاغل بما يقطع القبول يُشعر بالإعراض عن العقد [2].

٣-أنه جرت عادة الناس على أن التشاغل عن البيع بما يقطعه هو إعراض عن البيع.

٤-أن في ذلك مصلحة للمتبايعين وحماية لهم من الغرر والغش والتنازع.

الراجح:

صحة الاستثناء؛ لأن فيه مصلحة للمتعاقدين وحفظًا لحقيهما، وقطعًا للنزاع بينهما.

سبب الاستثناء:

يتجاذب الاستثناء سببان، هما:

١-المصلحة: وهو ظاهر بما يترتب على الاستثناء من حفظ لحقوق المتعاقدين وقطع النزاع بينهما.

٢-العرف: والذي يتضح باعتبار التفرق عن مجلس العقد والتشاغل عنه إعراض عن البيع في عرف الناس [3].

---

(١) انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٦/٢، وحاشية ابن عابدين ٥٢٧/٤، ومواهب الجليل للحطاب ٤٠/٤، الشرح الكبير ٣٧٧/٧.

(٢) الشرح الكبير ٣٧٧/٧.

(٣) انظر: حاشية الروض لابن قاسم ٣٢٩/٤.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة الكبرى: "العادة محكمة" وذلك كما أسلفنا من أن عادة الناس على اعتبار التفرق عن مجلس العقد والتشاغل عنه إعراض عن البيع [١].

كما يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار" وذلك أن في الاستثناء دفع للضرر المتوقع بين المتعاقدين والتنازع فيما بينهما [٢].

---

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص١١٥.

(٢) انظر: المدخل الفقهيّ العام للزرقاء ٢/٩٧٨-٩٨٠.

المطلب الثاني

استثناء الشيء اليسير من عدم صحة بيع المعاطاة

وفيه فرعان:

الفرع الأول–تعريف المعاطاة وبيان حكمها:

المعاطاة لغة: جاء في مقاييس اللغة: "العين والطاء والحرف المعتل أصل واحد صحيح يدل على أخذ ومناولة، لا يخرج الباب عنهما، فالعطو: التناول باليد" (١).

وفي اصطلاح الفقهاء:

عرفها الحنفيّة بأنها: الأخذ والإعطاء (٢)، وعند المالكيّة هي: أن يعطيه الثمن فيعطيه المثمن من غير إيجاب، ولا استيجاب (٣)، وعند الشافعيّة: أن يتفقا على ثمن ومثمن، ويعطيا من غير إيجاب ولا قبول، وقد يوجد لفظ من أحدهما (٤)، وعند الحنابلة: هي الصيغة الفعلية (٥). وهذه التعريفات متقاربة فيما بينها وكلها تدور في فلك المعنى اللغويّ وهو المناولة.

وقد اختلف الفقهاء في حكم بيع المعاطاة على قولين:

القول الأول–مذهب جمهور الفقهاء من الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة، وهو صحة بيع المعاطاة (٦).

---

(١) مقاييس اللغة لابن فارس ٣٥٣/٤ مادة (عطو)، وانظر: لسان العرب لابن منظور ٧٠/١٥ مادة (عطا).
(٢) حاشية الشلبيّ على تبيين الحقائق ٢٧٩/٤.
(٣) مواهب الجليل للحطاب ٢٢٨/٤.
(٤) مغني المحتاج للشربينيّ ٣٥٥/٢.
(٥) الروض المربع للبهوتيّ بحاشية ابن قاسم ٣٣٠/٤.
(٦) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٣٤/٥، وحاشية ابن عابدين ٥٤٧/٤، ومواهب الجليل للحطاب ٢٢٨/٤، وكشاف القناع للبهوتيّ ١٤٦/٣–١٤٨.

القول الثاني–مذهب الشافعيّة، وهو عدم صحة بيع المعاطاة، وأن البيع لا ينعقد إلا بصيغة، ولا صيغة إلا بقبول وإيجاب [1].

أدلة القول الأول:

١–أن الناس من لدن عصر النبوة إلى يومنا هذا ما زالوا يتبايعون بالمعاطاة، ولم يُنقل إنكاره من المخالفين فكان إجماعًا سكوتيًا [2].

٢–ما جاء عن أبي هريرة ﷺ: «إن الله تجاوز لأمتي ما حدثت به أنفسها، ما لم يتكلموا، أو يعملوا به» [3] وجه الدلالة: أنه دلَّ على أن المعاطاة عمل يتعلق به التكليف، فكانت معتبرة على انفرادها في البيع والشراء.

٣–قياس البيع بالمعاطاة على البيع بالقبول والإيجاب بجامع دلالتهما الواضحة على الرضا.

٤–أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب فيه الرجوع إلى العرف كالقبض والتفرق [4].

٥–ولأن العقود لو لم تنعقد بالأفعال الدالة عليها لشق ذلك على الناس ولفسدت أكثر عقودهم ولكانت أكثر أموالهم محرمة [5].

---

(١) انظر: المجموع للنوويّ ١٧٤/٩وما بعدها، ومغني المحتاج للشربينيّ ٥/٢.

(٢) المغني لابن قدامة ٨/٦.

(٣) أخرجه البخاريّ في كتاب الأيمان والنذور، باب إذا حنث ناسيًا في الأيمان ١٣٥/٨ برقم (٦٦٦٤)، وأخرجه مسلم في كتاب الإيمان، باب تجاوز الله عن حديث النفس والخواطر بالقلب، إذا لم تستقر ١١٦/١ برقم (٢٠١).

(٤) المغني لابن قدامة ٨/٦.

(٥) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٩/٢٩.

أدلة القول الثاني:

١-عموم النصوص التي اشترطت الرضا في البيع، كقوله تعالى:﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾(١)، وما رواه أبو سعيد الخدريّ ﷺ مرفوعًا: «إنما البيع عن تراض» (٢)، وجه الدلالة: أن المعاطاة لا تدل على الرضا؛ إذ هي تحتمل وجوهًا كثيرة، والرضا من المعاني التي في النفس ولا تنضبط إلا بالألفاظ (٣).

ويجاب عنه: بأن غاية ما في النصوص هو اشتراط الرضا، ولمعرفة الرضا طرق شتى، وحصره باللفظ لا دليل عليه، بل الدليل على عدم الحصر من الكتاب والسنة.

٢-أن الفعل لا دلالة له بالوضع فلذا لم يُعتبر، واحتيج إلى اللفظ.

ويجاب عنه: بأن الأفعال وإن انتفت منها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية، وهي كافية في الدلالة على الرضا المعتبر (٤).

الراجح:

يظهر -والله أعلم-رجحان القول الأول؛ لأن المرجع هنا هو العرف، فكل ما ورد به الشرع مطلقًا ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، فيُرجع فيه إلى العرف (٥).

---

(١) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٢) أخرجه ابن ماجه في كتاب التجارات، باب بيع الخيار برقم (٢١٨٥)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه في كتاب البيوع، باب البيع المنهيّ عنه ٣٤١/١١ برقم (٤٩٦٧) وقال البوصيري: هذا إسناد صحيح، رجاله ثقات، انظر: مصباح الزجاجية ١٣٨/٢.

(٣) انظر: مغني المحتاج للشربينيّ ٥/٢.

(٤) مواهب الجليل للحطاب ٢٨٨/٤.

(٥) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطيّ ص١٠٩.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الشيء اليسير.

يَرِدُ هذا الاستثناء على مذهب الشافعيّة القائلين بعدم صحة بيع المعاطاة، فذهب بعضهم إلى جواز بيع المعاطاة في المحقرات دون الأمور الغالية والنفيسة [١]، ودليلهم أن العرف إنما جرى في الشيء اليسير [٢].

ويجاب عنه: أن قصر المعاطاة في الشيء اليسير تحكم لا دليل عليه، كما يجاب عنهم بأدلة جمهور الفقهاء في المسألة السابقة.

الراجح:

رجحت في المسألة السابقة مذهب جمهور الفقهاء وهو صحة بيع المعاطاة؛ وبناء على ذلك فلا حاجة لهذا الاستثناء؛ إذ هو وارد على مذهب المخالفين وهو مرجوح كما أسلفنا.

سبب الاستثناء:

يظهر جليًّا أن سبب استثناء الشيء اليسير من عدم صحة بيع المعاطاة هو ماظنوه أصحاب القول من أن عرف الناس إنما كان في بيع المعاطاة في الشيء اليسير فقط؛ وبناء عليه استثنوه من عدم صحة بيع المعاطاة.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة الكبرى "العادة محكمة"؛ وذلك لما سبق بيانه أن العرف إنما جرى في الشيء اليسير، وما أطلقه الشارع ولا ضابط له فيه، ولا في اللغة، فالمرجع فيه إلى العرف [٣].

---

(١) كابن سريج والغزاليّ، انظر: فتح العزيز للرافعيّ ٩٩/٨، والمجموع للنوويّ ١٦٢/٩.

(٢) إحياء علوم الدين للغزاليّ ٦٩/٢، والمصادر السابقة.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطيّ ص١٠٩.

المبحث الثاني

المستثنيات في شروط البيع

فيه اثنا عشر مطلبًا:

المطلب الأول–استثناء الإكراه بحق من الإكراه الذي يبطل به البيع.

المطلب الثاني–استثناء الشيء اليسير من عدم صحة بيع الصبيّ المميز والسفيه بدون إذن وليهما.

المطلب الثالث–استثناء بيع دود القَزّ مع قَزّه من عدم جواز بيع دود القز.

المطلب الرابع–استثناء بيع النحل في كُوَّارته (١) مع العسل من عدم جواز بيع النحل.

المطلب الخامس–استثناء بيع كلب الصيد من النهي عن بيع الكلب.

المطلب السادس–استثناء بيع الأدهان النجسة للكافر العالم بنجاستها من النهي عن بيعها.

المطلب السابع–استثناء بيع لبن الغنم الكثيرة معلومة الحِلاب مدة معلومة من النهي عن بيع اللبن في الضرع.

المطلب الثامن–استثناء ما قد رآه الأعمى قبل العمى مما لا يتغير من عدم صحة بيعه وشرائه.

المطلب التاسع–استثناء حال السفر دون الحضر من عدم جواز بيع الحيوان المأكول واستثناء المشتري رأسه أو جلده أو أطرافه.

المطلب العاشر–استثناء ما فيه نفع من الحشرات من عدم جواز بيع الحشرات.

المطلب الحادي عشر–استثناء من يتخذ العصير خمرًا من جواز بيع العصير.

المطلب الثاني عشر–استثناء وقت الفتنة من جواز بيع السلاح.

---

(١) الشرح الكبير، ٢٦/١١.

المطلب الأول

استثناء الإكراه بحق من الإكراه الذي يبطل به البيع

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع المكره:

اختلف الفقهاء في حكم بيع المكرَه على أربعة أقوال:

القول الأول–ذهب الشافعيّة والحنابلة إلى إبطال بيع المكره (١).

القول الثاني–ذهب أبو حنيفة والصاحبان (٢) أن بيع المكرَه يقع فاسدًا، ويثبت للمكره الخيار إذا زال الإكراه (٣).

القول الثالث–ذهب زفر (٤) من الحنفيّة أن بيع المكره يكون موقوفًا، وليس فاسدًا (٥).

---

(١) انظر: مغني المحتاج للشربينيّ ٧/٢، والشرح الكبير لابن قدامة ٥/٤، وقال النوويّ في المجموع: "وهو مذهب الجمهور" ١٦١/٩.

(٢) هما: يعقوب بن إبراهيم بن حبيب الأنصاريّ الكوفيّ البغداديّ، أبو يوسف، صاحب الإمام أبي حنيفة، وتلميذه، وأول من نشر مذهبه، كان فقيهًا علامة، من حفاظ الحديث، ولد بالكوفة سنة ١١٣هـ وتفقه بالحديث والرواية، ثم لزم أبا حنيفة، فغلب عليه الرأي وولي القضاء ببغداد أيام المهدي والهادي والرشيد، ومات في خلافته، ببغداد سنة ١٨٢هـ وهو على القضاء، من كتبه: الخراج، والأمالي في الفقه، انظر: السير للذهبيّ ٥٣٦/٨ –٥٣٩، وتاج التراجم لابن قطلوبغا ١٢٣/٢–١٢٥، والصاحب الآخر: هو محمد بن الحسن بن فرقد، أبو عبد الله الشيبانيّ، العلامة، فقيه العراق،، الكوفيّ، صاحب أبي حنيفة، ولد بواسط سنة ١٣١هـ، ونشأ بالكوفة، أخذ عن أبي حنيفة بعض الفقه، وتمم الفقه على القاضي أبي يوسف، ولي القضاء للرشيد بعد القاضي أبي يوسف، وكان مع تبحره في الفقه، يضرب بذكائه المثل، توفي سنة ١٨٩هـ، من كتبه المبسوط والزيادات، انظر السير للذهبيّ ١٣٤/٩–١٣٦.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعيّ ١٨٢/٥.

(٤) هو زفر بن الهذيل بن قيس العنبريّ، من تميم، أبو الهذيل، فقيه كبير، من أصحاب الإمام أبي حنيفة، ولد سنة ١١٠هـ، أصله من أصبهان، أقام بالبصرة وولي قضاءها وتوفي بها سنة ١٥٨هـ، جمع بين العلم والعبادة، وكان من أصحاب الحديث فغلب عليه (الرأي) وهو قياس الحنفيّة، وكان يقول: نحن لا نأخذ بالرأي ما دام أثر، وإذا جاء الأثر تركنا الرأي، انظر السير للذهبيّ ٣٨/٨، وتاج التراجم لابن قطلوبغا ١٦٩/١.

(٥) تبيين الحقائق للزيلعيّ ١٨٢/٥.

القول الرابع–ذهب المالكيّة أن بيع المكره صحيح لكنه غير ملزم، وللمستكرَه الحق في إبطاله، فهو بالخيار إن شاء أمضى وإن شاء فسخه، فهو صحيح من جهة توفر أركانه من عاقد ومعقود عليه وصيغة دالة على الرضا، وغير لازم من جهة أخرى؛ لفقدان شرط لزوم البيع بالإكراه وهو التكليف[١].

والفرق بين هذه الأقوال: أن من يقول أنه باطل فلا يترتب عليه أي أثر ولا يقبل التصحيح، ومن يقول أنه يقع فاسدًا فالعقد منعقد عندهم لوجود الصورة والمحل، لكنه فاسد لعدم تحقق الرضا، وعلى هذا يمكن تصحيحه بأن يجيزه المكره ويرضى به، كما يثبت له الخيار إذا زال الإكراه، وأما من يقول بأنه موقوف وليس بفاسد فإن العقد عنده صحيح، لكنه موقوف على إجازة المالك، ولم يقولوا بالفساد لأن البيع الفاسد لا يحتمل الجواز بالإجازة؛ لأن الفساد لحق الشرع، وأما من يقول أن بيع المكره غير ملزم فيعنون أن بيع المكره صحيح، لكنه غير لازم بالنسبة للمكره فإن شاء أمضاه وإلا رده [٢].

أدلة الأقوال

أدلة القول الأول:

١–قوله تعالى:﴿ يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾[٣] قال في أحكام القرآن: "هذا نصٌّ على إبطال بيع المكره لفوات الرضا فيه، وتنبيّه على إبطال أفعاله كلها حملًا عليه" [٤].

---

(١) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٢٤٨/٤.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ١٢٥/٥، والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقيّ ٦/٣.

(٣) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٤) أحكام القرآن لابن العربيّ ٥٢٤/١.

٢–ما جاء عن ابن عباس ﵄ أن النبيّ ﷺ قال: «إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنِّسْيَانَ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»(١) وجه الدلالة: أن ما استكره عليه مرفوع عن الإنسان.

٣–قياس المكره على البيع على المكره على نطق كلمة الكفر ومع ذلك لم يترتب عليه أثره، ولم يُحكم بكفره، فإذا سقط الأعظم وهو الكفر، فسقوط ما دونه أولى (٢).

أدلة القول الثاني:

استدلوا بأدلة القول الأول نفسها إلا أنهم حملوها على الفساد لا على البطلان؛ لأن ركن البيع –وهو المبادلة–صدر من أهله –المالك العاقل البالغ–مضافًا إلى محله –وهو ثبوت الملك–، إلا أنه فقد شرط التراضي فصار فاسدًا؛ لأن الفساد ليس في الأصل بل في الوصف، والرضا شرط نفاذ، وبانتفائه ينتفي المشروط وهو النفاذ ويكون البيع فاسدًا (٣).

ويجاب عنه:

أن ظواهر النصوص دلت أن الرضا هو المعتبر في العقود، وهو لا يتحقق مع الإكراه.

دليل القول الثالث:

١–أن بيع المكره لا ينقصه إلا رضا المكره؛ فلذلك يتوقف على رضاه كبيع الفضوليّ (٤).

ويجاب عنه:

أن قياس بيع المكره على بيع الفضوليّ قياس مع الفارق؛ لأن رضا الشخص الذي يتصرف له غير معلوم وهو محتمل مع وجود رضا النائب، وأما رضا المكره فمعلوم أنه معدوم وأنه غير راضٍ به، وإلا لم يكن إكراهًا (٥).

---

(١) أخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب الطلاق، باب طلاق المكره والناسي ٦٥٩/١ برقم(٢٠٤٥)، وأخرجه ابن حبان في صحيحه في كتاب التاريخ، باب فضل الأمة ٢٠٢/١٦ برقم (٧٢١٩) وعلق عليه بقوله: إسناده صحيح على شرط البخاريّ.اهـ، وحسنه النوويّ في الأربعين النوويّة ١١٠/١.

(٢) المهذب للشيرازيّ ٢٥٧/١.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ١٨٢/٥،

(٤) بيع الفضوليّ: هو بيع مال الغير بغير إذن صاحبه، انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٣٠٥/٥، ومغني المحتاج للشربينيّ ٢١/٢، والشرح الكبير مع المقنع والإنصاف لابن قدامة ٦٠/١١.

(٥) انظر: حاشية ابن عابدبن ١٠٦/٥–١١٥.

دليل القول الرابع:

أن شرط لزوم البيع هو التكليف، وبيع المكره غير ملزم لانتفاء شرط التكليف؛ لأن المكره غير مكلف (١).

ويجاب عنه:

بأن صحة البيع مع عدم لزومه مع جعل الخيار للمكره بعد زوال الإكراه لا معنى له؛ لأن المكره إذا وجد مصلحة في إمضاء البيع وكان راضيًا، فبإمكانه أن يجدد العقد، وأن يُحدث عقد البيع من غير الإكراه.

الراجح:

يترجح لي – والله أعلم–ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة المخالفين بما يقتضي ضعف استدلالهم بها، كما في إبطال البيع؛ حفظًا لحق المكره ومراعاة لحاله.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الإكراه بحق:

يَرِدّ هذا الاستثناء على مذهب الشافعيّة والحنابلة القائلين ببطلان بيع المكره (٢)، وصورة المسألة كما لو أكره الحاكم شخصًا على بيع أملاكه لأجل الوفاء بدين قد حل، أو الإجبار على بيع الدار لتوسعة المسجد (٣)، **واستدلوا بما يأتي:**

١–ما جاء عن عمر بن الخطاب ﷺ لما ضاق المسجد الحرام على النَّاس فَاشْترى دورًا فَهَدمهَا وَهدم على قرب من الْمَسْجِد، وأبى بَعضهم أَن يَأْخُذ الثّمن وتمنع من البيع، فَوضعت أثمانها فِي خزانَة الْكَعْبَة حَتَّى أخذوها بعد، ومثل ذلك لما زاد في مسجد النبيّ دعا من كان له إلى جانبه منزل

---

(١) انظر مواهب الجليل للحطاب ٦/٤١.

(٢) لأن بقية المذاهب يصححون بيع المكره ولا حاجة لهذا الاستثناء عندهم.

(٣) المجموع للنوويّ ٩/١٥٩، وكشاف القناع للبهوتيّ ٧/٣٠٥.

فقال: «اختاروا مني بين ثلاث خصال: إما البيع فأثمن، وإما الهبة فأشكر، وإما الصدقة على مسجد رسول الله ﷺ فأجابه الناس» (١) فلو لم يصح بيع المكره إذا كان بحق لما فعله ﵁.

٢-قياس الإكراه بحق في البيع على إكراه المرتد على الرجوع إلى الإسلام، بجامع قول الحق في كلٍّ (٢).

الراجح (٣):

حكم الاستثناء ثابت باتفاق العلماء، وهو تصحيح بيع المكره بحق، ولم أقف على مخالف لهذه المسألة، وقد نقل شيخ الإسلام ابن تيمية (٤) اتفاقهم على ذلك (٥).

سبب الاستثناء:

لهذا الاستثناء سببان:

الأول-القياس، وذلك بقياسهم الإكراه بحق في البيع على إكراه المرتد على الرجوع إلى الإسلام.

الثاني-المصلحة؛ وذلك لأن إحقاق الحقوق وإلزام الناس بها هي من المصالح التي تقوم عليها حياة الناس، وعدم اعتبار مثل ذلك يورث بينهم النزاع والشقاق.

---

(١) انظر: تاريخ مكة المشرفة والمسجد الحرام والمدينة الشريفة والقبر الشريف لابن الضياء ١٥١/١، ووفاء الوفاء بأخبار دار المصطفى للسمهودي ٧٢/٢.

(٢) كشاف القناع للبهوتيّ ٣٠٥/٧.

(٣) الترجيح هنا اصطلاحيّ، وإلا فإن المسألة لا خلاف فيها، والمقصود هنا محصلة المسألة، وتأكيد صحة الاستثناء بعد ذكر الأدلة.

(٤) هو شيخ الإسلام تقيّ الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن تيمية الحرانيّ الحنبليّ، بل المجتهد المطلق، ولد بحران يوم الإثنين عاشر ربيع الأول سنة إحدى وستين وستمئة، وأمده الله بكثرة الكتب، وسرعة الحفظ، وقوة الإدراك والفهم، وبطء النسيان حتى قال غير واحد أنه لم يكن يحفظ شيئا فينساه، وكانت وفاته في سحر ليلة الإثنين عشرى ذي القعدة سنة ٧٢٨هـ، شذرات الذهب ٨٠/٦-٨٦/ ومعجم المحدثين ٢٥/١-٢٨.

(٥) انظر: مجموع الفتاوى ٥٠٤/٨.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بقاعدة: "الضرورات تبيح المحظورات" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "المشقة تجلب التيسير"، وبيان ذلك: أن الأصل هو حرمة أموال الناس لكننا تجاوزنا هذا الأصل لأجل الضرورة، وهي حفظ حقوق الناس وقطع التنازع فيما بينهم؛ لذلك جاز الإكراه في البيع هنا [١].

كما يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "يُتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار"، وبيان ذلك: أن في إكراه صاحب الدار على البيع لأجل توسعة المسجد -كما مثلنا به سابقًا- ضرر عليه، لكنه يُتحمل دفعًا لضرر أعم عن المسلمين وهو التزاحم بضيق المسجد [٢].

---

(١) انظر: المنثور للزركشيّ ٣١٧/٢، وشرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ص١٣١، والموافقات للشاطبيّ ٣٢٥/٢.

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ٨٧.

المطلب الثاني

استثناء الشيء اليسير من عدم صحة بيع الصبيّ المميز والسفيه بدون إذن وليهما

وفيه فرعان:

الفرع الأول-تعريف الصبيّ المميز والسفيه وبيان حكم بيعهما بدون إذن وليهما:

الصبيّ المميز: هو الذي يفهم الخطاب ويَرُدّ الجواب، ويعلم أن البيع سالب للملك، والشراء جالب له، وأن يكون من مقاصد تجارته الربح، ويعرف الغبن اليسير من الفاحش (١).

والسفيه: هو الذي لا يحسن التصرف في ماله (٢).

أما حكم بيعهما بدون إذن وليهما: فقد اتفقت المذاهب الأربعة على عدم لزوم بيع الصبيّ المميز والسفيه إذا كان بدون إذن وليهما (٣)، **ومستندهم في ذلك:**

١-قوله تعالى: ﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...﴾ (٤)وجه الدلالة: أن الله أمرنا بأن ندفع لليتامى أموالهم إذا تحقق فيهم أمران: البلوغ

---

(١) اختلف العلماء في ضابط التمييز: فمنهم من حده بالسن، فقال: من بلغ سن السابعة، ومنهم لم يحده بالسن، وضبطه بما ذكرته في المتن. انظر: حاشية العدويّ على كفاية الطالب ٥١٧/١، وتبيين الحقائق للزيلعى مع حاشية الشلبيّ عليه ٢١٩/٥، وتحرير ألفاظ التنبيّه للنوويّ ١٣٤/١.

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية ١٨٥/١، وحاشية الدسوقيّ ٢٩٦/٣، ومغني المحتاج للشربينيّ ١٦٨/٢، والمغني لابن قدامة ٤٦٩/٤-٤٧٥.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ مع حاشية الشلبيّ عليه ٢١٩/٥، والفواكه الدواني للنفراويّ ٧٣/٢، وحاشية الدسوقيّ على الشرح الكبير ٥/٣، والمجموع للنوويّ ١٥٨/٩، وكشاف القناع للبهوتيّ ١٥١/٣، وقد نقل ابن حزم اتفاق العلماء في كتابه مراتب الإجماع في بيع الصبيّ المميز فقال: "واتفقوا أَن بيع من لم يبلغ لما لم يُؤمر به ولا اضْطر إِلى بَيْعه لقُوته بَاطِل وَأَن ابتياعه كبيعه في كل ذلك" ص١٥١، لكن الاتفاق لا يصح بإطلاق كما سيتبين في الفرع الثاني من هذا المطلب، في الكلام على المستثنى.

(٤) سورة النساء: الآية ٦.

والرشد، وهذا يدل على أنه لابد من مجموع الأمرين، فإذا لم يجتمعا لم يجز دفع الأموال إليهما، وهذا يعني الحجر، ولازم الحجر عدم لزوم التعاملات المالية [(١)]، ومثل ذلك قوله تعالى: ﴿ وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾ [(٢)].

٢-ما جاء عن عائشة ﵂ قالت: قال رسول الله ﷺ: «رفع القلم عن ثلاثة: عن النائم حتى يستيقظ، وعن المبتلى حتى يبرأ، وعن الصبيّ حتى يكبر» [(٣)]، وجه الدلالة: أنه لو صح البيع لزم منه وجوب التسليم على الصبيّ، وقد صرح الحديث بأن الصبيّ لا يجب عليه شيء. وقيل وجه الدلالة منه: أن مقتضى الحديث إسقاط أقواله وأفعاله [(٤)].

٣-ولأن العقل لا يمكن الوقوف منه على الحد الذي يصح به التصرف لخفائه وتزايده تزايدًا خفي التدريج، فجعل الشارع له ضابطًا وهو البلوغ، فلا تثبت له أحكام العقلاء قبل وجود المظنة [(٥)].

٤-أن في عدم لزوم تعاملات الصبيّ المميز والسفيه المالية بدون إذن وليهما حماية لحقيهما وحفظًا لماليهما.

الراجح:

إذا كان العلماء المحققون قد ذكروا أن الحق لا يخرج عن المذاهب الأربعة في الشريعة عامة [(٦)]، فكيف بنا إذا كان قولهم واحدًا [(٧)]، فلا يسع الباحث هنا إلا ما وسعهم، كما لم يظهر للباحث في أثناء البحث قول يخالف هذا القول؛ لذا فإن عليه العمدة في المسألة.

---

(١) تفسير الرازيّ ٤٩٤/٩.

(٢) سورة النساء: الآية ٥.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه في كتاب الحدود، باب في المجنون يسرق أو يصيب حدًا ١٣٩/٤، برقم(٤٣٩٨)، وأخرجه ابن ماجه في سننه في كتاب الطلاق، باب طلاق المعتوه والصغير والنائم ٦٥٨/١ برقم (٢٠٤١)، وقد صححه العلامة الألبانيّ في تعليقه على السنن.

(٤) المجموع للنوويّ ١٥٦/٩.

(٥) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٩/١١.

(٦) مجموع فتاوى ابن تيمية ١٠/٢٠.

(٧) واتفاقهم هنا يُحمل على الشيء الكثير من دون اليسير كما سيأتي.

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء الشيء اليسير:

ذهب المالكيّة والحنابلة إلى استثناء الشيء اليسير من عدم لزوم بيع الصغير المميز والسفيه بدون إذن وليهما، فأجازوا بيعهما في الأشياء اليسيرة بدون إذن الوليّ [١]، واستدلوا بما يأتي:

١-أن أبا الدرداء ﷺ [٢] اشترى من صبيّ عصفورًا وأطلقه [٣]، فدل هذا على لزوم بيع الصبيّ، والسفيه كالصبيّ في البيع.

٢-أن الحكمة في عدم لزوم بيعهما، هو خوف ضياع ماليهما بتصرفهما، وهذا مفقود في الشيء اليسير [٤].

٣-أنه على فرض حصول غرر في بيع الشيء اليسير، فإنه قطعًا سيكون يسيرًا، والغرر اليسير لا تنفك منه غالب البيوع، وهو مغتفر.

الراجح:

يظهر -والله أعلم-صحة الاستثناء؛ لقوة أدلتهم وموافقتها القواعد العامة في البيوع.

سبب الاستثناء:

المصلحة: أن في لزوم بيع الصبيّ المميز والسفيه في الشيء اليسير تيسيرًا عليهما في قضاء حوائجهما اليسيرة، والتي لا يترتب عليها ضرر يُذكر حال الخطأ فيها، كما أن في ذلك تعويد على البيع؛ ليسهل استبيان رشدهما لدفع أموالهما إليهما.

---

(١) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٢٤٧/٤، الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٩/١١.

(٢) هو عويمر بن عامر بن قيس بن أمية الخزرجيّ الأنصاريّ، أسلم يوم بدر وشهد أحد، قال فيه النبيّ ﷺ يوم أحد: «نعم الفارس عويمر، وقال: هو حكيم أمتي»، مات عام ٣٢هـ وقيل ٣٣هـ. انظر: الاستيعاب لابن عبد البر ١٢٢٧/٣، والسير للذهبيّ ٣٣٥/٢.

(٣) ذكره ابن أبي موسى في الإرشاد ص١٩٢، ونقله عنه ابن قدامة في المغني ١٨٦/٤.

(٤) كشاف القناع للبهوتيّ ١٥١/٣.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة الكبرى: "المشقة تجلب التيسير" [1]، بيان ذلك: لما كان في إلزام ولي الصبيّ المميز والسفيه بالقيام بكل تصرفاتهما المالية فيه مشقة عليه، ولاسيما اليسيرة منها، وتوقفها على الإذن تعطيل للصبي المميز والسفيه، ومشقة عليهما، جاء التيسير باستثناء الشيء اليسير ولزوم بيعهما فيه؛ لأن الحكمة من منع لزومه إنما هي لحفظ ماليهما وهذا مفقود في الشيء اليسير كما أسلفت في الأدلة.

(١) الأشباه والنظائر للسيوطيّ ٧٦/١.

المطلب الثالث

استثناء بيع دود القَزِّ مع قَزِّه من عدم جواز بيع دود القز

وفيه فرعان:

الفرع الأول–تعريف دود القَزِّ وبيان حكم بيعه:

القَزُّ نوع من أفخر أنواع الحرير، وله دودة يظهر منها –بإذن الله–هذا القَزّْ، وهي تطوي على نفسها هذا القَزُّ حتى إذا غَمَّها، ماتت ويبست، فأُخِذَ هذا القَزّ [١].

أما حكم بيع دود القز فقد اختلف الفقهاء فيه على قولين:

القول الأول–ذهب محمد بن الحسن صاحب أبي حنيفة [٢] والمالكيّة [٣] والشافعيّة [٤] والحنابلة [٥] إلى جواز بيع دود القَزّْ.

القول الثاني–ذهب أبو حنيفة إلى عدم جواز بيع دود القَزّْ [٦].

---

(١) انظر: المطلع على ألفاظ المقنع ٢٧٢/١، والمصباح المنير للفيوميّ ٤٧/١ مادة (بزر)، وحياة الحيوان للدميري ٤٧٥/١،

(٢) سبقت ترجمته، انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٤٩/٤، وحاشية ابن عابدين ٦٨/٥، وما ذهب إليه محمد بن الحسن هو المفتى به عند الحنفيّة.

(٣) لم أجد لهم نصًا صريحًا في دود الغز، لكن بالنظر إلى شروط البيع لديهم نجد أنها تعضد القول بالجواز؛ لأنهم يشترطون في المبيع الطهارة والانتفاع الشرعيّ مهما كان قليلًا، ويمثلون على ذلك بالتراب، ومسألتنا بلا شك هي أولى من ذلك بكثير، كما أنني لم أجد ما يمنع من الجواز عن طريق تتبع شروط البيع لديهم، وعلى ذلك يكون هذا قول مُخرَّج على قواعد المذهب. انظر: مواهب الجليل للحطاب ٢٦٥/٤، وحاشية العدويّ على كفاية الطالب الربانيّ ١٣٨/٢، وحاشية الدسوقيّ على الشرح الكبير ١٠/٣.

(٤) انظر المجموع للنوويّ ٢٥٣/٩.

(٥) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٥/١١.

(٦) انظر: حاشية ابن عابدين ٦٩/٥.

أدلة القول الأول:

١–أنه حيوان طاهر يجوز اقتناؤه لتملك ما يخرج منه أشبه البهائم.

٢–ولأنه طاهر منتفع به فجاز بيعه كالثوب [١].

دليل القول الثاني:

أن الدود من الهوام ولا ينتفع به، فأشبه الخنافس والوزغات [٢].

ويجاب عنه:

أن قولهم: (لا ينتفع به) يبطل بالبهائم التي لا يحصل منها نفع سوى النتاج، وهو يفارق الحشرات التي لا نفع فيها أصلًا؛ إذ إن نفعه كثير؛ لأن الحرير الذي هو أشرف الملابس إنما يحصل منه[٣].

الراجح:

يظهر –والله أعلم–رجحان القول الأول؛ لقوة أدلهم ومناقشتهم أدلة المخالفين، كما أن القول بالجواز موافق للأصل الذي بنيت عليه المعاملات وهو الحل والإباحة.

سبب الخلاف:

يظهر –والله أعلم–أن سبب الخلاف في بيع دود القَزّْ هو خلافهم في الانتفاع به، فمن يرى إمكانية الانتفاع به أجاز بيعه، ومن لا فلا.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء بيع دود القَزِّ مع قَزِّه:

يَرِدُ هذا الاستثناء على قول أبي حنيفة الذي منع من بيع دود القَزِّ واستثنى حالة واحدة يجوز فيها بيعه، وهي ما إذا كان دود القَزِّ مع قَزِّه فيجوز بيعه، **ودليله على ذلك:**

---

(١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٥/١١.

(٢) المرجع السابق.

(٣) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٥/١١، وكشاف القناع للبهوتيّ ١٥٢/٣.

أن دود القَزِّ لا ينتفع بعينه، وإنما جاز بيعه مع القَزِّ تبعًا له، ويُغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها [1].

الراجح:

سبق أن رجحنا جواز بيع دود القَزِّ مطلقًا، ولا حاجة لهذا الاستثناء، ويجاب عن دليلهم هنا بما استدل به أصحاب القول الأول.

سبب الاستثناء:

يمكن أن نستنبط سبب الاستثناء عندهم وإن لم ينصوا عليه، والذي ظهر لي بالتتبع أن السبب هو القياس، وبيان ذلك: أنهم قاسوا بيع الدود مع قَزِّه على بيع الحمل مع أمه بجامع الاتصال في الخلقة، فكما لا يجوز بيع الحمل إلا تبعًا لأمه، فكذلك لا يجوز بيع دود القز إلا تبعًا لقَزَّه [2].

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

القاعدة المرتبطة هنا هي القاعدة الكلية: "يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها"؛ فيجوز بيع دود الغز تبعًا لغزه ولا يجوز بيعه استقلالًا [3].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٠٣/١، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٤٩/٤.

(٢) انظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحسينيّ ٣٦١/١، وشرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ص٢٥٧.

(٣) انظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحسينيّ ٣٦١/١.

المطلب الرابع

استثناء بيع النحل في كُوَّارته [1] مع العسل من عدم جواز بيع النحل

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع النحل:

اختلف الفقهاء في حكم بيع النحل على قولين:

القول الأول:

ذهب محمد بن الحسن [2] من الحنفيّة ومعه المالكيّة والشافعيّة والحنابلة إلى جواز بيع النحل [3].

القول الثاني:

ذهب أبو حنيفة إلى عدم جواز بيع النحل [4].

دليل القول الأول:

لأنه حيوان طاهر يخرج من بطنه شراب فيه منافع للناس، فجاز بيعه كالبهيمة [5].

---

(١) والكُوَّارَاتُ –بضم الكاف وتشديد الواو–: جمع كُوَّارة، وهي ما عسل فيه النخل، وهي الخلية أيضًا، وقيل: الكوارة من الطين، والخليَّةُ من الخشب. انظر: المطلع على ألفاظ المقنع للبعليّ ٢٧٢/١، ولسان العرب لابن منظور ١٥٧/٥، والمصباح المنير للفيوميّ ١٨١/١.

(٢) سبقت ترجمته.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٤٤/٥، والبيان والتحصيل لابن رشد ١٩/٨، ومواهب الجليل للحطاب ٢٨٩/٤، والحاوي الكبير للماورديّ ٣٢٧/٥، وفتح العزيز للرافعيّ ١١٨/٨، والمجموع للنوويّ ٢٤٠/٩، وأسنى المطالب في شرح روضة الطالب للسنيكيّ ١٠/٢، والمغني لابن قدامة ١٩٥/٤، وكشاف القناع للبهوتيّ ١٥٢/٣.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٤٤/٥، وتبيين الحقائق للزيلعيّ مع حاشية الشلبيّ ٤٩/٤.

(٥) انظر: المجموع للنوويّ ٣٢٢/٩، والشرح الكبير لابن قدامة ٢٦/١١.

دليل القول الثاني:

لأن النحل ليس بمنتفع به، فلم يكن مالًا بنفسه بما يحدث منه [١].

ويجاب عنه:

لا نسلم أن النحل ليس بمنتفع به، وهو يبطل بما يخرج من بطنه وفيه منافع للناس، قال تعالى: ﴿يَخْرُجُ مِنْ بُطُونِهَا شَرَابٌ مُخْتَلِفٌ أَلْوَانُهُ فِيهِ شِفَاءٌ لِلنَّاسِ﴾ [٢].

الراجح:

يترجح –والله أعلم–جواز بيع النحل وهو الذي تعضده الأدلة وأصول الشريعة.

سبب الخلاف:

يظهر –والله أعلم–أن سبب الخلاف في بيع النحل هو خلافهم في الانتفاع به، فمن يرى إمكانية الانتفاع به أجاز بيعه، ومن لا فلا.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء بيع النحل في كُوَّارته مع العسل:

يَرِدُ هذا الاستثناء على قول أبي حنيفة، فهو لما منع من بيع النحل استثنى حالة واحدة يجوز فيها بيع النحل، وهي ما إذا كان في كُوَّارته مع العسل فيجوز بيع النحل تبعًا للعسل [٣]، **ودليلهم على ذلك:** أن النحل لا ينتفع به، وإنما جاز بيعه مع العسل بكُوَّارته تبعا له؛ لأن التوابع يغتفر فيها ما لا يغتفر في غيرها [٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٤٤/٥.

(٢) سورة النحل: الآية ٦٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٤٤/٥، والاختيار لتعليل المختار ٢٥/٢.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١٠٣/١، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٤٩/٤.

الراجح:

سبق أن رجحنا جوار بيع النحل، ولا حاجة لهذا الاستثناء، ويجاب عن دليلهم هنا بما استدل به أصحاب القول الأول.

سبب الاستثناء:

يمكن أن نستنبط سبب الاستثناء عندهم وإن لم ينصوا عليه، والذي ظهر لي بالتتبع أن السبب هو القياس، وبيان ذلك: أنهم قاسوا بيع النحل مع العسل في كُوَّارته على بيع الحمل مع أمه بجامع الاتصال في الخلقة، فكما لا يجوز بيع الحمل إلا تبعًا لأمه، فكذلك لا يجوز بيع النحل إلا تبعًا للعسل في كُوَّارته (١).

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

القاعدة المرتبطة هنا هي القاعدة الكلية: "يغتفر في التوابع ما لا يغتفر في غيرها"؛ فيجوز بيع النحل تبعًا للعسل في كُوَّارته ولا يجوز بيعه استقلالًا (٢).

---

(١) ولذلك نجدهم ذكروا اللؤلؤ في الصدف قياسًا على الحمل مع أمه، والنحل في كُوَّارته قريب من ذلك جدًّا. انظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحسينيّ ٣٦١/١، وشرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ص٢٥٧.

(٢) انظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحسينيّ ٣٦١/١.

المطلب الخامس

استثناء بيع كلب الصيد من النهي عن بيع الكلب

وفيه فرعان:

الفرع الأول-حكم بيع الكلب:

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين الفقهاء على تحريم بيع الكلب لغير الصيد والحرث والماشية؛ لأن اقتناءه في هذه الحالة محرم فيحرم بيعه، أما إن كان المقصود من اقتنائه أحد الأغراض الثلاثة السابقة، فقد اختلف الفقهاء في حكم بيعه على قولين:

القول الأول-وهو قول جماهير العلماء، والمشهور عند المالكيّة، ومذهب الشافعيّة، والحنابلة، وهو عدم جواز بيع الكلب [١].

القول الثاني-ذهب الحنفيّة وبعض المالكيّة إلى جواز بيع الكلب [٢].

أدلة القول الأول:

١-مجموع الأحاديث التي جاء فيها النهي عن ثمن الكلب كحديث أبي مسعود الأنصاريّ ﵁ «أن رسول الله ﷺ نهى عن ثمن الكلب، ومهر البغي، وحلوان الكاهن»، ومثله عن رافع بن خديج [٣]،

---

(١) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد ٨٢/٨، وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد ١٤٦/٣، ومواهب الجليل للحطاب ٢٦٧/٤، والمجموع للنوويّ ٢٢٨/٩، وحاشية قليوبي وعميره ١٩٧/٢، ومغني المحتاج للشربينيّ ٢٩٧/٣، والمغني لابن قدامة ١٨٩/٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٤٣/٥، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ١٢٥/٤، ومجمع الأنهر لشيخي زاده ١٠٧/٢، وحاشية ابن عابدين ٦٩/٥، ومواهب الجليل للحطاب ٢٦٧/٤.

(٣) هو رافع بن خديج بن رافع بن عديّ بن زيد الخزرجيّ، رده رَسُول الله ﷺ يوم بدر؛ لأنه استصغره، وأجازه يوم أحد، فشهد أحدًا والخندق وأكثر المشاهد، وأصابه يوم أحد سهم، فقال له رسول الله ﷺ: أشهد لك يوم القيامة،

وعن جابر بن عبد الله (1)، وأبي هريرة وابن عباس ﷺ (2)، وجه الدلالة: أن النهي عن ثمن الكلب يدل على تحريم بيعه، وأنه لا يصح بيعه، ولا يحل ثمنه (3).

٢-ولأنه نجس العين فلا يجوز بيعه كالخنزير (4).

أدلة القول الثاني:

١-لأنه مال بدليل إباحة الانتفاع شرعًا، فكان محلا للبيع (5).

٢-ولأنه إذا جاز الانتفاع جاز البيع كالحمار الأهليّ (6).

٣-ولأنه إذا جاز الاقتناء جاز البيع؛ لأن الاقتناء لا يكون إلا عن طريقه.

يجاب عنهم من وجهين:

الأول-أن ما ذكروه من اجتهاد وقياس لا يقوى على معارضة النص الصحيح الصريح، فإذا وُجد النص تبخر الرأي، ولا اجتهاد مع النص (7).

الثاني-أن الترخيص في الانتفاع لَا يصحح البيع، كتناول الْميتَة ونظائرها، وَيدل عَلَيْهِ أَن ودك الْميتَة يصلح لطلاء السفن والاستصباح، فَلَا يَصح بَيْعه (8).

=وانتقضت جراحته في زمن عبد الملك ابن مروان، فمات قبل ابن عمر بيسير، سنة أربع وسبعين، وكان صحراويًا، عالمًا بالمزارعة والمساقاة. انظر: الاستيعاب لابن عبد البر ٤٧٩/٢، والسير للذهبيّ ١٨١/٣.

(١) أخرجه البخاريّ في كتاب البيوع، باب ثمن الكلب ٨٤/٣ برقم (٢٢٣٧)، ومسلم في كتاب الطلاق، باب تحريم ثمن الكلب وحلوان الكاهن ومهر البغي والنهي عن بيع السنور ١١٩٨/٣ برقم (١٥٦٧) و(١٥٦٩).

(٢) أخرجهما أبو داود في كتاب البيوع، باب في أثمان الكلب ٢٧٩/٣ برقم (٣٤٨٤) (٣٤٨٢).

(٣) شرح النوويّ على مسلم ٢٣٢/١٠.

(٤) المغني لابن قدامة١٨٩/٤.

(٥) بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٤٣/٥.

(٦) مواهب الجليل للحطاب ٢٦٧/٤.

(٧) انظر: شرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ١٥٠/١.

(٨) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة لابن الدَّهَّان ٣١٨/٢.

الراجح:

يظهر –والله أعلم–رجحان القول الأول؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة المخالفين.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء كلب الصيد:

يَرِدُ هذا الاستثناء على القول الأول؛ إذ ذهب جابر بن عبد الله وعطاء [(١)] والنخعيّ [(٢)] إلى استثناء كلب الصيد من دون غيره، فرخصوا في بيعه، واستدلوا بما رواه جابر بن عبد الله ﵄ «أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ ثَمَنِ السِّنَّوْرِ، وَالْكَلْبِ إِلَّا كَلْبَ صَيْدٍ» [(٣)] وجه الدلالة: أن الحديث صريح في استثناء كلب الصيد من النهي.

ويجاب عنه من وجهين:

الأول–أَن الحديث ضعيف باتفاق أئمة الحديث:

قال عنه الترمذيّ [(٤)]: "لا يصح إسناده" [(٥)].

(١) هو عطاء بن أبي رباح أسلم القرشيّ، شيخ الإسلام، مفتي الحرم، ولد في أثناء خلافة عثمان، حدَّث عن جمع من الصحابة، وكان من أوعية العلم، كان عالمًا بالحج، قد حجَّ زيادة على سبعين حَجَّة، مات سنة أربع عشرة ومئة. انظر: وفيات الأعيان لابن خِلِّكان ٢٦١/٣، والسير للذهبيّ ٧٨/٥.

(٢) هو إبراهيم بن يزيد بن الأسود، الفقيه، الكوفيّ، النخعيّ؛ أحد الأئمة المشاهير، تابعيّ رأى عائشة ﵂ ودخل عليها، ولم يثبت له منها سماع، ونسبته إلى النخع –بفتح النون والخاء المعجمة وبعدها عين مهملة–وهي قبيلة كبيرة من مذحج باليمن، توفي سنة ست وقيل خمس وتسعين للهجرة، وله تسع وأربعون سنة. انظر: وفيات الأعيان لابن خِلِّكان ٢٥/١، والسير للذهبيّ ٥٢٠/٤.

(٣) أخرجه الترمذيّ في البيوع ٥٧٠/٣ برقم (١٢٨١)، والنسائيّ في كتاب البيوع، فيما استثني ٣٠٩/٧ برقم (٤٦٦٨)، والبيهقيّ في السنن الكبرى في كتاب البيوع، باب النهي عن ثمن الكلب ١٠/٦ برقم (١١٠١٢) ويأتي كلام العلماء فيه.

(٤) هو الإمام الحافظ أبو عيسى محمد بن سورة السلمي الترمذيّ الضرير، مصنف الجامع وكتاب العلل، ولد سنة ٢٠٩هـ، تتلمذ للبخاريّ، وشاركه في بعض شيوخه، كان ممن جمع وصنف وحفظ وذاكر، ومات في ثالث عشر رجب سنة تسع وسبعين ومئتين بترمذ. انظر: تذكرة الحفاظ للذهبيّ ١٥٤/٢.

(٥) سنن الترمذيّ ٥٧٠/٣.

وقال عنه النسائيّ (١): "هذا منكر" (٢)، وقال البيهقيّ (٣): "والأحاديث الصحاح عن النبيّ ﷺ في النهي عن ثمن الكلب خالية عن هذا الاستثناء، وإنما الاستثناء في الأحاديث الصحاح في النهي عن الاقتناء، ولعله شُبِّهَ على من ذكر في حديث النهي عن ثمنه من هؤلاء الرواة الذين هم دون الصحابة والتابعيّن، والله أعلم" (٤).

الثاني–يحتمل أنه أراد، ولا كلب صيد:

وقد جاءت اللغة بمثل ذلك، قال الشاعر:

وكل أخ مفارقه أخوه...... لعمر أبيك إلا الفَرْقَدَان (٥)

أي: والفَرْقَدَان (٦).

الراجح:

يترجح –والله أعلم–عدم صحة الاستثناء؛ وذلك لقوة أدلة المانعين، ومناقشتهم أدلة المخالفين.

---

(١) هو أحمد بن عليّ بن شعيب، أبو عبد الرحمن النسائيّ صاحب السنن، القاضي الحافظ، ولد سنة ٢١٥هـ، أصله من نسا (بخراسان) وجال في البلاد واستوطن مصر، فحسده مشايخها، فخرج إلى الرملة بفلسطين فُسئل عن فضائل معاوية، فأمسك عنه، فضربوه في الجامع، وأُخرج عليلًا، فمات ودفن ببيت المقدس، وقيل: خرج حاًّجا فمات بمكة سنة ٣٠٣هـ، من كتبه: السنن الكبرى، والصغرى، والمجتبى. انظر: وفيات الأعيان لابن خِلِّكان ٧٧/١.

(٢) سنن النسائيّ ٣٠٩/٧.

(٣) هو أحمد بن الحسين بن علي، أبو بكر الفقيه الشافعيّ الحافظ الكبير المشهور، ولد سنة ٣٨٤هـ في خُسْرَوْجِرد من قرى بيهق بنيسابور، ونشأ في بيهق ورحل إلى بغداد ثم إلى الكوفة ومكة وغيرهما، وطلب إلى نيسابور، فلم يزل فيها إلى أن مات سنة ٤٥٨هـ، اشتهر بكثرة تصانيفة في نصرة المذهب الشافعيّ، من تصانيفه: السنن الكبرى، والصغرى. انظر: وفيات الأعيان لابن خِلِّكان ٧٥/١.

(٤) السنن الكبيرى للبيهقيّ ١٠/٦.

(٥) هذا بيت من قصيدة لحضرمي بن عامر بن مجمع، ومراده: أن كل اثنين يحب أحدهما الآخر سيقطع عنه، وإن كان ضنينًا به، شديد التمسك بإخائه، ومَا بعد (إلَّا) مُطَابق لما قبلهَا؛ لأن المعنى كل أخوين غير هذين الكوكبين متفارقان، وليس (إلَّا) استثنائية وَإِلَّا لقال: إلَّا الفرقدين بِالنّصب. انظر: فرحة الأديب للأسود الغندجاني ٤٨/١.

(٦) انظر المغني لابن قدامة ١٩٠/٤.

سبب الاستثناء:

النص، وبيانه: أن القائلين بالاستثناء تمسكوا بحديث جابر بن عبد الله الذي ينص على استثناء كلب الصيد، ولكن الحديث لا يصح إسناده كما أسلفت.

المطلب السادس

استثناء بيع الأدهان النجسة للكافر العالم بنجاستها من النهي عن بيعها

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع الأدهان النجسة (1):

اختلف الفقهاء في حكم بيع الأدهان النجسة على قولين:

القول الأول–ذهب جماهير العلماء من المالكيّة والشافعيّة والحنابلة إلى عدم جواز بيع الأدهان النجسة (2).

القول الثاني–ذهب الحنفيّة إلى جواز بيع الأدهان النجسة (3).

أدلة القول الأول:

١–ما جاء عن جابر بن عبد الله رضي الله عنهما، أنه سمع رسول الله ﷺ، يقول عام الفتح وهو بمكة: «إن الله ورسوله حرم بيع الخمر، والميتة والخنزير والأصنام»، فقيل: يا رسول الله، أرأيت شحوم الميتة، فإنها يطلى بها السفن، ويدهن بها الجلود، ويستصبح بها الناس؟ فقال: «لا، هو حرام»، ثم قال رسول الله ﷺ عند ذلك: «قاتل الله اليهود إن الله لما حرم شحومها جملوه، ثم باعوه، فأكلوا ثمنه»(4). وسياق الحديث إنما هو في البيع؛ وعليه فإن قوله «هو حرام» محمول على البيع.

---

(١) كالأدهان التي تكون من شحوم الميتة.

(٢) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ١٤٥/٣، ومواهب الجليل للحطاب ٢٥٨/٤، والمجموع للنوويّ ٢٢٧/٩، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٤٩/١١.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٥/٢٤.

(٤) أخرجه البخاريّ في كتاب البيوع، باب بيع الميتة والأصنام ٨٤/٣ برقم (٢٢٣٦)، ومسلم في كتاب الطلاق، باب تحريم بيع الخمر، والميتة، والخنزير، والأصنام ١٢٠٧/٣ برقم (١٥٨١).

٢–ولأن أكله حرام ولا مخالف في ذلك [١]، فلم يجز بيعه، كما في الحديث: «إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه» [٢].

دليل القول الثاني:

لأنه مباح الانتفاع به شرعًا على الإطلاق، فكان مالًا ومحلًا للبيع [٣].

ويجاب عنه من وجهين:

الأول–لا نسلم أن الترخيص في الانتفاع يصحح البيع، بدليل جواز تناول الميتة حال الاضطرار من دون بيعها [٤].

الثاني–سلمنا جدلًا بما استدلوا به، ولكنه معارض بالحديث الصحيح الذي استدل به أصحاب القول الأول، ولا اجتهاد مع النص [٥].

الراجح:

يترجح –والله أعلم–ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لقوة أدلتهم، ومناقشتهم أدلة المخالفين.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء بيعها للكافر العالم بنجاستها:

يَرِدُ هذا الاستثناء على القول بعدم جوار بيع الأدهان النجسة، وهي رواية عن الإمام أحمد ﵀ فأجاز بيع الأدهان النجسة على الكافر العالم بنجاستها، **ودليله ما يأتي:**

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة ٤٩/١١.

(٢) أخرجه أبو داود من حديث ابن عباس في كتاب البيوع، باب في ثمن الخمر والميتة ٢٨٠/٣ برقم (٣٤٨٨) وصححه الألبانيّ.

(٣) المبسوط للسرخسيّ ١٥/٢٤.

(٤) انظر: تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة لابن الدَّهَّان ٣١٨/٢.

(٥) انظر: شرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ١٥٠/١.

١–ما روي عن أبي موسى ﷺ قال: "لتوا به السويق وبيعوه ولا تبيعوه من مسلم وبينوه" [١]، ومفهومه جواز البيع على غير المسلم.

٢–لأن الكافر يعتقد حلها ويستبيح أكلها، فجاز بيعها عليه.

يجاب عنهم من وجهين:

الأول–بما سبق من النصوص التي استدل بها المانعون، ومنها: «إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه» [٢] وهي عامة، وحصرها على المسلم تكلف لا دليل عليه.

الثاني–قياسًا على الخمر والخنزير، فلا يجوز بيعهما من مسلم لكافر مع أن الكفار يعتقدون حلها[٣].

الراجح:

يظهر –والله أعلم–عدم صحة الاستثناء؛ لقوة أدلة المانعين ومناقشتهم أدلة القائلين بالاستثناء.

سبب الاستثناء:

يظهر أن سبب الاستثناء هو النص الوارد عن أبي موسى ﷺ، والذي دل بمفهومه على إجازة البيع على غير المسلم.

---

(١) لم أقف عليه، ذكره ابن قدامة في الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف ٥٠/١١.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٥٠/١١، والمبدع لابن مفلح ١٥/٤.

المطلب السابع

استثناء بيع لبن الغنم الكثيرة معلومة الحِلاب مدة معلومة من النهي عن بيع اللبن في الضرع

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع اللبن في الضرع:

تحرير محل النزاع:

أجمع المسلمون على جواز بيع حيوانٍ في ضرعه لبنٌ، وإن كان اللبن مجهولًا؛ لأنه تابعٌ للحيوان، هذا إذا لم ينص على اللبن (١)، أما إذا نُصَّ على اللبن أو بِيْعَ اللبن منفردًا عن الحيوان، فهو محل الخلاف بين العلماء، وخلافهم على قولين:

القول الأول–ذهب جماهير العلماء من الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة والحنابلة إلى عدم جواز بيع اللبن في الضرع منفردًا (٢).

القول الثاني:

ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية ووافقه تلميذه ابن القيم على جواز بيع اللبن في الضرع منفردًا، وقيداه بما إذا باعه لبنًا مطلقًا موصوفًا في الذمة مع تعيين الشاة أو البقرة (٣).

---

(١) انظر: المجموع للنوويّ ٣٢٦/٩.

(٢) انظر: الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصليّ ٤٢/٢، وبداية المجتهد لابن رشد ١٧٦/٣، وحاشية الدسوقيّ على الشرح الكبير ٢١/٤، والحاوي للماورديّ ١٢٣/٥، والمجموع للنوويّ ٣٢٦/٩، والمغني لابن قدامة ١٥٧/٤.

(٣) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٩٨/٣٠، وزاد المعاد لابن القيم ٧٣٥/٥.

أدلة القول الأول:

١-حديث ابن عباس ﭬ أن رسول الله ﷺ نهى أن يباع صوف على ظهر، أو لبن في ضرع [١].

ونوقش: بأن المحفوظ هو الموقوف، والمرفوع ضعيف كما قال البيهقيّ [٢]، فقد تفرد به عمر بن فروخ [٣]، وليس بالقويّ.

يجاب عنه: بأن ابن معين [٤] وأبا حاتم [٥] وابن حبان [٦] وأبا داود [٧]

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه في كتاب البيوع والأقضية، في بيع اللبن في الضروع ٤٣٩/٤ برقم (٢١٩١١)، وأخرجه الدارقطنيّ في كتاب البيوع ٤٠٠/٣ برقم (٢٨٣٥)، وأخرجه البيهقيّ في الكبرى في كتاب البيوع، باب ما جاء في النهي عن بيع الصوف على ظهر الغنم، واللبن في ضروع الغنم، والسمن في اللبن ٥٥٥/٥ برقم (١٠٨٥٧).

(٢) سبقت ترجمته.

(٣) هو عمر بن فَرُّوخ البصريّ، روى عن عكرمة وحبيب بن الزبير وعن وكيع وغيرهم، وروى عنه ابن المبارك، صدوق ربما وهم، من السابعة. انظر: ميزان الاعتدال للذهبيّ ٢١٧/٣، وتهذيب التهذيب لابن حجر ٤٨٨/٧، ولسان الميزان له أيضًا ٣٢٠/٧.

(٤) هو أبو زكريا يحيى بن معين بن عون المريّ البغداديّ، الحافظ المشهور، وُلِدَ سَنَةَ ١٥٨هـ، وكان إمامًا عالمًا حافظًا متقنًا، قال أحمد بن حنبل: كل حديث لا يعرفه يحيى بن معين فليس هو بحديث، توفي سنة ٢٣٣هـ بالمدينة وهو حاج، وصلى عليه أميرها، من كتبه: (التاريخ والعلل) و(معرفة الرجال). انظر: وفيات الأعيان لابن خلكان ١٣٩/٦، والسير للذهبيّ ٧١/١١.

(٥) هو محمد بن إدريس، أبو حاتم الحنظليّ الرازيّ، ولد سنة ١٩٥هـ، وكان أحد الأئمة الحفاظ، وكان من بحور العلم، طوَّفَ البلاد، وبرع في المتن والإسناد، وجمع وصنَّف، وَجَرَحَ وَعَدَّلَ، وصحَّحَ وعَلَّل، ومات فِي شعبان سنة ٢٧٧هـ. انظر: تذكرة الحفاظ للذهبيّ ١١٢/٢، والسير له أيضًا ٢٤٧/١٣، والمقصد الأرشد لابن مفلح ٣٧٠/٢.

(٦) هو محمد بن حبان التميميّ، أبو حاتم البستيّ، ويقال له: ابن حِبّان، مؤرخ، علّامة، جغرافيّ، محدث، ولد سنة بضع وسبعين ومئتين في بست (من بلاد سجستان)، تولى قضاء سمرقند مدة، ثم عاد إلى نيسابور، ومنها إلى بلده، حيث توفي في شوّال سنة ٣٥٤هـ، وهو أحد المكثرين من التصنيف، من أشهر كتبه: (المسند الصحيح) و(الثقات). انظر: السير للذهبيّ ٧٤٨/١٦، وشذرات الذهب للعَكري ٣٤/١.

(٧) هو سيد الحفاظ سليمان بن الأشعث بن إسحاق الأزديّ السجستانيّ، صاحب السنن، ولد سنة ٢٠٢هـ، كان إمام أهل الحديث في عصره بلا مدافعة، من أشهر كتبه السنن، قال فيه: كتبت عن النبيّ ﷺ خمسمئة ألف حديث، انتخبت منها هذا السنن، فيه أربعة آلاف وثمانية مئة حديث، مات سنة ٢٧٥هـ بالبصرة. انظر: تذكرة الحفاظ للذهبيّ ١٢٧/٢، والسير له أيضًا ٢٠٣/١٣.

قد رضوه ووثقوه [1].

٢-ولأن بيع ما في الضروع فيه جهل في الصفة والمقدار؛ لأنه إذا خلف مثله مما لم يكن في الضرع فإنه يختلط بغيره على وجه لا يتميز، وعليه فيكون تسليم المعقود عليه متعذرًا [2].

٣-أنه يدخل في بيوع الغرر المنهيّ؛ لأن انتفاخ الضرع قد يكون لبنًا، وقد يكون لسِمَن، ويحتمل أن يكون لبنًا صافيًا أو كدرًا.

دليل القول الثاني:

القياس على استئجار الظئر لإرضاع الولد، بجامع العلم باللبن وقدره وصفته في العادة [3].

يجاب عنه: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن إجازة استئجار الظئر إنما هو لحاجة الرضيع، فلا يقاس عليه [4].

الراجح:

الراجح -والله أعلم-هو القول الأول؛ لقوة أدلتهم، ولأن الشريعة كفلت حق المتعاقدين ومنعت الضرر عليهما، وحقيقة الغرر واقعة في بيع اللبن في الضرع، كما أن الأمر غير ملجئ إليه، والمخرج بحمد الله بسيط بأن ينتظر المشتري حتى يحلب، فيشتريه، وهو أفضل وأسلم.

---

(١) انظر: الثقات لابن حبان ١٨٦/٧، ونصب الراية للزيلعيّ ١١/٤، والتلخيص الحبير لابن حجر١٣/٣.

(٢) انظر: الحاوي للماورديّ ١٢٣/٥، والمجموع للنوويّ ٣٢٦/٩، والمغني لابن قدامة ١٥٧/٤، ونيل الأوطار للشوكانيّ ١٧٦/٥.

(٣) زاد المعاد لابن القيم ٧٣٥/٥.

(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٠٩/١١.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء بيع لبن الغنم الكثيرة معلومة الحِلاب مدة معلومة:

يَرِدُ هذا الاستثناء على قول المانعين، فأجاز المالكيّة حالة واحدة يجوز فيها بيع اللبن في الضرع، وهي ما إذا كانت الغنم الكثيرة (١) معلوم حِلابها، وكان ذلك لأيام معلومة، كأن يقول لشخص اشتري منك لبن هذه العشرة شياه، كل يوم، مدة شهر بكذا (٢)، **واستدلوا بما يأتي:**

١–تنزيل معرفة الحلاب منزلة الكيل والوزن، وعليه ينتفي الغرر (٣).

٢–ولأن التقييد في الغنم الكثيرة فيه تخفيف للغرر؛ لأن الغالب أن المتعدد الكثير لا يموت كله في وقت، فإذا مات بعضه بقي بعضه الموفى، وإن اختلف القدر في بعض الأيام على خلاف العادة فهو يسير، والغرر اليسير معفو عنه عند الجميع (٤).

الراجح:

يظهر –والله أعلم–صحة الاستثناء؛ لأن الغرر المحتمل هو غرر يسير مغتفر.

سبب الاستثناء:

المصلحة، بيانه: أن في إباحة المسألة المستثناة مراعاة لمصالح الناس مع انتفاء الغرر الفاحش الذي يبطل العقود، كما يمكن اعتبار العرف سببا آخر للاستثناء، وبيان ذلك: أن معرفة الناس في مقدار الحلاب جعلت الغرر المترتب على البيع يسيرًا لا عبرة به؛ ولذلك جعل الفقهاء هذه المعرفة بمنزلة الكيل والوزن.

---

(١) وقلنا الكثيرة لأنهم يخرجون الشاة والشاتين. انظر: بداية المجتهد لابن رشد ١٧٦/٣.

(٢) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد ٣٦٣/٧، وحاشية الدسوقيّ ٢٠/٤.

(٣) زاد المعاد لابن القيم ٧٣٥/٥.

(٤) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد ٣٦٣/٧

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة الكبرى: "العادة محكمة"؛ لأن معرفة الناس في مقدار الحلاب جعلت بيع اللبن في الضرع بيعًا معلوما كما لو باعوه كيلًا ووزنًا [١].

(١) الفروق للقرافيّ، ٣/١٤٩.

المطلب الثامن

استثناء ما قد رآه الأعمى قبل العمى مما لا يتغير من عدم صحة بيعه وشرائه

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع الأعمى وشرائه:

اختلف الفقهاء في حكم بيع الأعمى وشرائه على قولين:

القول الأول–ذهب جماهير العلماء من الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة إلى صحة بيع الأعمى [١].

القول الثاني–ذهب الشافعيّة إلى عدم صحة بيع الأعمى [٢].

أدلة القول الأول:

١–أن رجلًا ذكر للنبيّ ﷺ أنه يُخدع في البيوع، فقال: «إذا بايعت فقل لا خلابة» [٣]، وكان رجلًا ضريرًا وصحح له النبيّ بيعه وجعل له الخيار فيما لو خُدِع [٤].

٢–الإجماع على تصحيح بيع الأعمى وشرائه، فإن العميان في كل زمان من لدن رسول الله ﷺ[٥] لم يمنعوا من بياعاتهم وأشريتهم، بل بايعوا في سائر الأعصار من غير إنكار [٦].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٦٤/٥، والاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصليّ، والعناية شرح الهداية للبابرتي ٣٤٨/٦، والكافي لابن عبد البر ٤٣١/٢، والمغني لابن قدامة ١٥٨/٤.

(٢) انظر: المجموع للنوويّ ٣٠٢/٩.

(٣) أخرجه البخاريّ في كتاب البيوع، باب ما يكره من الخداع في البيع ٦٥/٣ برقم (٢١١٧)، ومسلم في كتاب البيوع، باب من يُخدع في البيع ١١٦٥/٣ برقم (١٥٣٣).

(٤) فتح الباري لابن حجر ٣٣٧/٤.

(٥) كالعباس بن عبد المطلب وابنه عبد الله بن عباس وعبد الله بن عمر. انظر: الحاوي للماورديّ ٣٣٩/٥.

(٦) بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٦٤/٥.

دليل القول الثاني:

١-أن النبيّ ﷺ نهى عن بيع الغرر، وبيع الضرير من أعظم الغرر [١].

يجاب عنه: بأن معرفة المبيع ليست محصورة في رؤيته، بل تثبت بالذوق واللمس والشم والوصف، وكل ما يُعرف فيه المبيع ويزيل الجهالة فإنه يكون معتبرًا، وإذا عُرف المبيع بأي طريقة كانت فإن الغرر حينئذٍ يزول [٢].

الراجح:

يظهر -والله أعلم- رجحان القول الأول؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة المخالفين، ولما يترتب على القول الثاني من المشقة التي تلحق بالأعمى عند تعذر من يقوم عنه بالبيع والشراء، مع تكرر حاجته لهما.

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء ما قد رآه الأعمى قبل العمى مما لا يتغير:

يَرِدُ هذا الاستثناء على مذهب الشافعيّة، فإنهم استثنوا حالة واحده تصح من بيع الأعمى وشرائه، وهي ما إذا كان الأعمى قد رأى شيئًا قبل العمى مما لا يتغير كالحديد [٣]، **ودليلهم على ذلك:**

أن حال الأعمى فيما قد رآه قبل العمى كحال البصير، وذلك في العلم بالمبيع وانتفاء الغرر [٤].

يجاب عنه:

أن حصر معرفة المبيع بالرؤية تكلف لا دليل عليه، كما يجاب عنهم بأدلة الجمهور السابقة.

الراجح:

سبق ترجيح صحة بيع الأعمى وشرائه في المسألة السابقة؛ وبناء عليه فلا حاجة لهذا الاستثناء.

---

(١) انظر: الحاوي للماورديّ ٣٣٩/٥.

(٢) انظر: مجلة الأحكام العدلية ٦٥/١، والمغني لابن قدامة ١٥٨/٤.

(٣) انظر: المجموع للنوويّ ٣٠٢/٩.

(٤) انظر: الحاوي للماورديّ ٣٣٩/٥.

سبب الاستثناء:

القياس، وبيان ذلك: أن الشافعيّة قاسوا حال الأعمى فيما رآه قبل العمى على حال البصير، بجامع العلم بالمبيع في كلٍّ وانتفاء الغرر [1].

---

(١) انظر: الحاوي للماورديّ ٥/٣٣٩.

المطلب التاسع

استثناء حال السفر دون الحضر من عدم جواز بيع الحيوان المأكول واستثناء المشتري رأسه أو جلده أو أطرافه

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع الحيوان المأكول واستثناء المشتري رأسه أو جلده أو أطرافه:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول–هو رواية عن الإمام مالك، وهو المذهب عند الحنابلة، وهو صحة بيع الحيوان المأكول واستثناء المشتري رأسه أو جلده أو أطرافه [1].

القول الثاني–ذهب الحنفيّة والإمام مالك –في رواية–والشافعيّة إلى عدم صحة بيع الحيوان المأكول واستثناء المشتري رأسه أو جلده أو أطرافه [2].

دليل القول الأول:

أن النبيّ ﷺ «نهى عن الثُّنَيَّا إلا أن تُعلم»[3] فرخص النبيّ ﷺ لما كان معلومًا، كما هو الحال في مسألتنا [4].

---

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر ٦٨٢/٢، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٢٦/١١.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٧٥/٥، وحاشية الشلبيّ على تبيين الحقائق ٥٨/٤، وحاشية ابن عابدين ٥٥٨/٤، و الكافي لابن عبد البر ٦٨٢/٢، وبداية المجتهد لابن رشد ١٨١/٣، والتاج والإكليل لابن المواق ٩٧/٦، ومواهب الجليل للحطاب ٢٨٣/٤، والحاوي للماورديّ ١٦٣/٥، ومغني المحتاج للشربينيّ ٣٨٧/٢.

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب البيوع، باب في المخابرة ٢٦٢/٣ برقم (٣٤٠٤)، والترمذيّ في البيوع، باب ما جاء في النهي عن الثنيا ٥٧٧/٣ برقم (١٢٩٠) وقال: حديث حسن صحيح، وأخرجه النسائيّ في كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثنيا حتى تعلم ٢٩٦/٧ برقم (٤٦٣٣).

(٤) المغني لابن قدامة ٧٨/٤.

دليل القول الثاني:

لأنه مجهول لا يصح إفراده بالبيع، فلم يجز استثناؤه كالحمل (١).

يجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول-كونه لا يجوز إفراده بالبيع لا يمنع صحة استثنائه، كما أن الثمرة قبل التأبير لا يجوز إفرادها بالبيع بشرط كشرط التبقية، ويجوز استثناؤها.

الوجه الثاني-أن القياس على الحمل قياس مع الفارق؛ لأن الحمل مجهول وفيه منع، بخلاف مسألتنا (٢).

الراجح:

يظهر -والله أعلم-رجحان القول الأول؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة المخالفين.

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء حالة السفر دون الحضر:

يَرِدُ الاستثناء على القائلين بعدم صحة البيع في المسألة السابقة؛ إذ استثنى الإمام مالك في الراوية الأخرى حال السفر دون الحضر، فأجاز بيع الحيوان مأكول اللحم واستثناء المشتري رأسه أو جلده أو أطرافه، ودليله على ذلك: أن المسافر لا يمكنه الانتفاع بها، وليس لها ثمن في السفر، فجاز شراء اللحم من دونها (٣).

يجاب عنه:

أن قصر الجواز في حال السفر تحكم لا دليل عليه، والعلة التي ذكروها قد تتحقق في السفر والحضر، فلا وجه لقصرها في حال السفر، كما يجاب عنه بأدلة القول الأول في المسألة السابقة.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٥/١٧٥، والحاوي للماورديّ ٥/١٦٣.

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة ١١/١٢٦.

(٣) انظر: التاج والإكليل لابن المواق ٦/٩٧.

الراجح:

سبق أن رجحت في المسألة السابقة القول بصحة البيع؛ وبناء عليه فلا حاجة لهذا الاستثناء.

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيانه: أنهم راعوا مصلحة المسافر؛ لأن عدم تمكنه من الانتفاع بالرأس والجلد والأطراف في السفر، سوغت تصحيح البيع له مع استثنائها، وهذه العلة منتفية في الحضر فمنعوه.

المطلب العاشر

استثناء ما فيه نفع من الحشرات من عدم جواز بيع الحشرات

وفيه فرعان:

الفرع الأول-حكم بيع الحشرات:

أجمع العلماء على تحريم بيع الحشرات، ونقل الإجماع على ذلك الكرخيّ(١) فقال: "وأجمعوا على أن بيع هوام الأرض(٢) لا يجوز، ومنها الحيّات، والعقارب،...، وهوام الأرض كلها(٣)".

ومستند الإجماع ما يأتي:

١-قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾(٤) وجه الدلالة: أن الحشرات لا نفع فيها، وأخذ العوض على ما لا نفع فيه يُعد من أكل أموال الناس بالباطل (٥).

---

(١) هو أبو الحسن عبيد الله بن الحسين بن دلاَّل البغداديّ، الكرخيّ، الفقيه، ولد سنة ٢٠٦هـ، انتهت إليه رئاسة المذهب، وانتشرت تلامذته في البلاد، وَاشْتُهِرَ اسمه، وَبَعُدَ صيتُهُ، وكان من العلماء العباد ذَا تهجد وأَوراد وَتَأَلُّه، وصبر على الفقر والحاجة، وزهد تام، وَوقْعٍ في النفوْس، توفي سنة ٣٤٠هـ ببغداد، له رسالة في الأصول التي عليها مدار فروع الحنفيّة، وَكَانَ رَأْسًا فِي الاعتزَال -الله يُسَامحه-. انظر السير للذهبيّ ٤٢٦/١٥.

(٢) وهي الحشرات. لسان العرب لابن منظور ١٩١/٤ مادة (حشر).

(٣) نقله عنه العينيّ في البناية شرح الهداية ١٦٢/٨، والشلبيّ في حاشيته على تبيين الحقائق ٤٩/٤، ونقل الإجماع أيضًا ابن الهمام في فتح القدير ٤٢١/٦، وابن نجيم في البحر الرائق ٨٥/٦.

(٤) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٥) انظر: أسنى المطالب للسنيكيّ ٩/٢.

٢-ما جاء عن المغيرة بن شعبة ﷺ قال: سمعت النبيّ ﷺ يقول: «إن الله كره لكم ثلاثًا: قيل وقال، وإضاعة المال، وكثرة السؤال» [١] وجه الدلالة: أن من أعظم أوجه إضاعة المال، إنفاقه فيما لا منفعة فيه، ومن ذلك بيع الحشرات.

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء ما فيه نفع:

سبق أن ذكرت في المسألة السابقة إجماع العلماء على تحريم بيع الحشرات وتعليلهم ذلك بعدم الانتفاع منها؛ وبناء على ذلك فهم يرون صحة بيع الحشرات المباحة النفع [٢]، كبيع الديدان لصيد السمك، أو بيع الحشرات التي تصنع منها الأدوية والعقاقير، أو بيعها لأكلها [٣].

ويمكن أن يستدل لهم:

بأنهم عللوا تحريم البيع بعدم الانتفاع، فلما زالت العلة زال معها الحكم؛ لأن الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا، وهو من قبيل زوال المانع [٤].

يتبين مما سبق صحة الاستثناء باتفاق العلماء

(١) أخرجه البخاريّ في كتاب الزكاة، باب قول الله تعالى: ﴿لا يسألون الناس إلحافًا﴾ البقرة: ٢٧٣، وكم الغنى، برقم (١٤٧٧)، وأخرجه مسلم في كتاب الحدود، باب النهي عن كثرة المسائل من غير حاجة، والنهي عن منع وهات، وهو الامتناع من أداء حق لزمه، أو طلب ما لا يستحقه ١٣٤١/٣ برقم (٥٩٣).

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٤٩/٤، وحاشية ابن عابدين ٢٢٧/٥، والقوانين الفقهيّة لابن جزيّ ١٦٣/١، ومواهب الجليل للحطاب ٢٦٥/٤، ونهاية المحتاج للرمليّ ٣٩٥/٣، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٤٢/١١.

(٣) أما الشافعيّة فحصروا النفع في الأكل، فقالوا: كل ما يؤكل من الحشرات فبيعه جائز كاليربوع والضب، وقولهم هذا يعود لما ذكرت؛ لأن الأكل فرع عن الانتفاع. انظر: حاشية قليوبي على شرح دلال الدين المحليّ ١٩٨/٢.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ٢٧٤/١، وشرح القواعد الفقهيّة للزرقا ٤٨٣/١.

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أن انتفاع الناس بالحشرات مع عدم وجود المانع الشرعيّ فيه مراعاة لمصلحة للناس وسدًا لحاجتهم، وهذا يتوافق مع أصول الشريعة؛ لأن الشريعة إنما جاءت لحفظ مصالح الناس (١).

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يظهر ارتباط الاستثناء بالقاعدة الأصوليّة: "الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا"، وبيان ذلك: أن الفقهاء ﵏ لما منعوا من بيع الحشرات عللوا ذلك بعدم الانتفاع منها، ومقتضى ذلك أنه متى تحقق النفع فإن الحكم يزول، جاء في إعلام الموقعين: "إن الحكم يدور مع علته وسببه وجودًا وعدمًا؛ ولهذا إذا علَّق الشارع حكما بسبب أو علة زال ذلك الحكم بزوالهما، كالخمر علَّق بها حكم التنجيس ووجوب الحد لوصف الإسكار، فإذا زال عنها وصارت خلًا زال الحكم، وكذلك وصف الفسق عُلِّقَ عليه المنع من قبول الشهادة والرواية، فإذا زال الوصف زال الحكم الذي عُلِّقَ عليه، وكذلك السفه والصغر والجنون والإغماء تزول الأحكام المعلقة عليها بزوالها، والشريعة مبنية على هذه القاعدة"(٢).

---

(١) انظر: الموافقات للشاطبيّ ٢/٢٠.

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم ٤/٨٠.

المطلب الحادي عشر

استثناء من يتخذ العصير خمرًا من جواز بيع العصير

وفيه فرعان:

الفرع الأول-حكم بيع العصير:

لم يكن من عادة الفقهاء قديمًا وحديثًا بحث المسائل المعلوم من الدين بالضرورة إباحتها؛ لأن الأصل في المعاملات الحل والإباحة، وباب المباحات واسع -بفضل الله-، وإنما يتطرقون لبحث ما كان خلاف ذلك؛ إظهارًا للحق وبيانًا للبس الذي يعتريه، ومن ذلك مسألتنا هذه، فهي داخلة في عموم قوله تعالى: ﴿هُوَ الَّذِي خَلَقَ لَكُمْ مَا فِي الْأَرْضِ جَمِيعًا﴾[١] وقوله تعالى: ﴿كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ﴾[٢] وقوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِنْ طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَاشْكُرُوا لِلَّهِ إِنْ كُنْتُمْ إِيَّاهُ تَعْبُدُونَ﴾ [٣]، قال شيخ الإسلام ابن تيمية [٤] عند كلامه على قوله تعالى: ﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ﴾ [٥]: "والتفصيل: التبيين، فبين أنه بيَّن المحرمات، فما لم يُبيَّن تحريمه فليس بمحرم، وما ليس بمحرم فهو حلال؛ إذ ليس إلا حلال أو حرام" [٦].

ومن ذلك ما جاء عن ابن عباس ﷺ، قال: «كان أهل الجاهلية يأكلون أشياء ويتركون أشياء تقذرًا، فبعث الله تعالى نبيّه ﷺ وأنزل كتابه، وأحل حلاله، وحرم حرامه، فما أحل فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو»[٧]، قال ابن تيمية: "لست أعلم خلاف أحد من العلماء السالفين: في أن ما لم يجئ دليل بتحريمه فهو مطلق غير محجور، وقد نص على

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٩.

(٢) سورة البقرة: الآية ٥٧.

(٣) سورة البقرة: الآية ١٧٢.

(٤) سبقت ترجمته.

(٥) سورة الأنعام: الآية ١١٩.

(٦) مجموع الفتاوى ٥٣٦/٢١.

(٧) أخرجه أبو داود في كتاب الأطعمة، باب ما لم يذكر تحريمه ٣٥٤/٣ برقم (٣٨٠٠). وصححه الألبانيّ.

ذلك كثير ممن تكلم في أصول الفقه وفروعه، وأحسب بعضهم ذكر في ذلك الإجماع يقينًا أو ظنًا كاليقين"[1].

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء من يتخذ العصير خمرًا:

صورة المسألة: حين يبيع البائع العصير، ويعلم أن المشتري قصد من هذا الشراء أن يتخذ هذا العصير خمرًا، فقد اختلف الفقهاء في هذا البيع على ثلاثة أقوال:

القول الأول-وهو مذهب جمهور الفقهاء من المالكيّة والشافعيّة والحنابلة [2]، على تحريم بيع العصير لمن يتخذه خمرًا [3].

القول الثاني-ذهب الحنفيّة إلى جواز بيع العصير لمن يتخذه خمرًا [4].

القول الثالث-ذهب صاحبا أبي حنيفة [5]، والمالكيّة في قول، وهو نص الإمام الشافعيّ، إلى كراهية بيع العصير لمن يتخذه خمرًا [6].

---

(١) مجموع الفتاوى ٥٣٨/٢١.

(٢) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد ٦١٣/١٨، ومواهب الجليل للحطاب ٢٤٥/٤، وحاشية الدسوقيّ ٧/٣، والمجموع للنوويّ ٣٥٣/٩، وأسنى المطالب للسنيكيّ ٤١/٢، والمغني لابن قدامة ١٦٧/٤.

(٣) وقد حكى الصنعانيّ والشوكانيّ الإجماع على هذا القول، ولكن الإجماع لا يثبت لوجود المخالفين كما سيأتي. انظر سبل السلام ٣٩/٢، ونيل الأوطار ١٨٣/٥.

(٤) وهو رأي الزهريّ والثوريّ والحسن وعطاء في قول عنه. انظر المبسوط للسرخسيّ ٢٨٣/٢، والاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصليّ ١٦٢/٤، ومجمع الأنهر لشيخي زاده ٥٤٨/٢، وحاشية ابن عابدين ٣٩١/٦. وانظر كذلك: الإشراف لابن المنذر ١٣٨/٦. وبعض علماء المذهب ذكر أن قول الإمام محمول على ما إذا كان سيبيعه على كافر، أما بيعه على المسلم فهو مكروه، وقد رد هذا الفهم ابن عابدين في حاشيته؛ لأنه يعارض ظاهر إطلاق الإمام. ٣٩١/٦.

(٥) سبقت ترجمتهما.

(٦) انظر: حاشية الشلبيّ على تبيين الحقائق ٢٩/٦، وحاشية ابن عابدين ٣٩١/٦، ومواهب الجليل للحطاب ٢٤٥/٤، والأم للشافعيّ ٧٥/٣.

أدلة القول الأول:

١–قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ (١) وجه الدلالة: أن في بيع العصير لمن يتخذه خمرًا معاونة له على الإثم والعدوان.

٢–ما جاء عن ابن عمر ﵄ قال: قال رسول الله ﷺ: «لعن الله الخمر، وشاربها، وساقيها، وبائعها، ومبتاعها، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة إليه»(٢) وجه الدلالة: أن النبيّ ﷺ بيَّن أن لعنة الله حقت على كل من كانت له صلة في الخمر، سواء أكانت مباشرة، أم بتسبب، أم بإعانة، ونحو هذا، وبائعها ممن يعلم أنه يتخذها خمرًا يعد كالبائع لها مباشرة، وهو يعين على ذلك، وكذلك يتسبب في نشرها.

٣–ما جاء عن عبد الله بن عمرو ﵄ قال: قال رسول الله ﷺ: «إن من أكبر الكبائر أن يلعن الرجل والديه» قيل: يا رسول الله، وكيف يلعن الرجل والديه؟ قال: «يسب الرجل أبا الرجل، فيسب أباه، ويسب أمه»(٣) قال النوويّ (٤) في شرحه للحديث: "ففيه دليل على أن من تسبب في شيء جاز أن ينسب إليه ذلك الشيء، وإنما جعل هذا عقوقًا لكونه يحصل منه ما يتأذى به الوالد تأذيًا ليس بالهين،... وفيه قطع الذرائع فيؤخذ منه النهي عن بيع العصير ممن يتخذ الخمر" (٥).

٤–ولأنه عقد على عين لمعصية الله، فلم يصح كإجارة الأمة للزنا والغناء (٦).

---

(١) سورة المائدة: الآية ٢.

(٢) أخرجه ابن ماجه في كتاب الأشربة، باب لعنة الخمر على عشرة أوجه ١١٢١/٢ برقم (٣٣٨٠)، وأبو داود في كتاب الأشربة، باب في العنب يعصر للخمر ٣٢٦/٣ برقم (٣٦٧٤)، وصححه ابن السَّكن ووافقه الألبانيّ. انظر التلخيص الحبير لابن حجر ١٣٦/٤.

(٣) أخرجه البخاريّ في كتاب الأدب، باب لا يسب الرجل والديه ٣/٨ برقم (٥٩٧٣)، ومسلم في كتاب الإيمان، باب بيان الكبائر وأكبرها ٩٢/١ برقم (٩٠).

(٤) سبقت ترجمته.

(٥) المنهاج ٨٨/٢.

(٦) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٦٩/١١.

أدلة القول الثاني:

١–قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ وَحَرَّمَ الرِّبَا﴾[1] وبيع العصير لمن يتخذه خمرًا هو بيع مكتمل الأركان والشروط فكان بيعًا مباحًا صحيحًا.

يجاب عنه: بأن الآية مخصوصة بصور كثيرة، فيخص منها صورة النزاع بدليلنا، وقولهم تم البيع بشروطه وأركانه قلنا: لكن وجد المانع منه، وهو المعاونة على الإثم والعدوان [2].

٢–ولأن العصير مشروب طاهر حلال فيجوز بيعه وأكل ثمنه، ولا فساد في قصد البائع، وإنما المحرم قصد المشتري اتخاذ الخمر منه، وهو كبيع الغلام ممن يصنع به ما لا يحل [3].

٣–أن المعصية لا تقوم بعينه حين عقد البيع، إنما بعد تغيره وهو بعد وقوع العقد، فيبقى أن العقد وقع على مباح، فيحل [4].

يجاب عنهما: بأن الوسائل تأخذ أحكام المقاصد، فكما أن القصد من بيع العصير هو اتخاذه خمرًا، فهو وسيلة إلى الحرام، ويأخذ البيع هنا حكم بيع الخمر[5]، و الاعتبار فِي العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دُونَ ظواهر ألفاظها وَأفعالها [6].

أدلة القول الثالث:

١–أن كل عقد كان صحيحًا في الظاهر فإنه لا يبطل بالتهمة، ولا بالعادة بين المتبايعين، وتكره لهما النية التي لو ظهرت في العقد لأفسدته [7].

(١) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

(٢) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١١/١٧٠.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٢/٢٨٣، وحاشية ابن عابدين ٦/٣٩١.

(٤) الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصليّ ٤/١٦٢، ومجمع الأنهر لشيخي زاده ٢/٥٤٨.

(٥) انظر: الموافقات للشاطبيّ ٢/٣٥٣ و٣/١٢٧.

(٦) إعلام الموقعين لابن القيم ٣/٧٩.

(٧) الأم للشافعيّ ٣/٧٥.

٢–أن فيه إعانة على المعصية، والإعانة عليها مكروهة [١].

يجاب عنهما: أن النبيّ ﷺ لعن كل من له صلة بالخمر ومن ذلك البائع، والذي يبيع العصير لمن يتخذه خمرًا هو في حقيقة الأمر كمن يبيع الخمر، ومن لوازم النهي عن الشيء النهي عن الوسائل المؤدية إليه، والذرائع المفضية إليه [٢].

الراجح:

يظهر –والله أعلم–ترجيح القول الأول؛ لما فيه من الجمع بين النصوص وسدًا للذريعة.

سبب الاستثناء:

النص، وهو يتضح بجملة النصوص التي استدل بها أصحاب القول الأول، كما يمكن عَدُّ القياس أيضًا سببًا للاستثناء، وذلك عندما عللوا تحريم بيع العصير لمن يتخذه خمرًا أنه عقد على عين لمعصية الله كإجارة الجارية لمن يزني بها، كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا ثالثًا للاستثناء؛ لأن تحريم بيع العصير لمن يتخذه خمرًا هو من باب سد الذرائع، وليست سد الذرائع إلا تطبيقًا عمليًا من تطبيقات العمل بالمصلحة [٣].

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة الكبرى: "الأمور بمقاصدها"، وبيانه: أنه لما كان القصد من بيع العصير اتخاذه خمرًا، كان الحكم موافقًا لمقصود البيع، وهذه القاعدة متداخلة مع أصل سد الذرائع الذي استدل به أصحاب القول الأول، كما يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "درء المفاسد أولى من جلب المصالح" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار"؛ لأن درء المفسدة هنا مقدم على جلب مصالح البيع والشراء [٤].

---

(١) حاشية ابن عابدين ٣٩١/٦.

(٢) انظر: الموافقات للشاطبيّ ٣٥٣/٢.

(٣) انظر: نظريّة المقاصد عند الإمام الشاطبيّ للريسوني ٧٦/١.

(٤) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطيّ ٨/١، وشرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ٤٨/١.

المطلب الثاني عشر

استثناء وقت الفتنة[1] من جواز بيع السلاح[2]

وفيه فرع واحد هو:

التحقيق في استثناء وقت الفتنة:

صورة المسألة ما إذا كان المشتري من أهل الفتنة، وعُلم أن قصده من الشراء هو استعماله في الفتنة [3]، فهنا اتفقت المذاهب الأربعة على تحريم بيع السلاح له [4]، كما أنني لم أجد قولًا مخالفًا لهم، ولم أجد من حكى الإجماع على ذلك، واستدلوا بما يأتي:

١-قوله تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ [5]وجه الدلالة: أن بيع السلاح في الفتنة إذكاء لها، وإعانة على الإثم والعدوان.

٢-ما جاء عن ابن عمر ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: "لعن الله الخمر، وشاربها، وساقيها، وبائعها، ومبتاعها، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة إليه" [6] وجه الدلالة: أن الحديث يدل على تحريم التسبب إلى الحرام [7].

---

(١) المراد بالفتنة: ما يقع من حروب بين المسلمين. فتح الباري لابن حجر ٣٢٣/٤.

(٢) الأصل في بيع السلاح كالأصل في بيع العصير في المبحث السابق، ولا حاجة لإعادة البحث؛ ولذلك سيكون البحث هنا في التحقق من استثناء وقت الفتنة فقط منعًا للتكرار.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ مع حاشية الشلبيّ ٢٩٦/٣.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٢٣٣/٥، ١٤٢/٧، وحاشية ابن عابدين ٢٦٨/٤، ومواهب الجليل للحطاب ٢٥٤/٤، والمجموع للنوويّ ٣٥٤/٩، وحاشية عميرة ٢٢٩/٢، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٧٠/١١، ومجموع فتاوى ابن تيمية ١٤١/٢٢، وإعلام الموقعين لابن القيم ٣٤/١.

(٥) سورة المائدة: الآية ٢.

(٦) سبق تخريجه.

(٧) حاشية عميرة ٢٢٩/٢.

٣-ما جاء عن عمران بن حصين ﷺ "أَنَّ النبيّ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ السِّلَاحِ فِي الْفِتْنَةِ" [(١)].

٤-ولأن الواجب قلع سلاحهم بما أمكن؛ لكيلا يستعملوه في الفتنة، فالمنع أولى [(٢)].

وعلى هذا يكون الاستثناء صحيح باتفاق المذاهب الأربعة، ولا يُعرف لهم مخالف.

سبب الاستثناء:

النص: وهي مجموع النصوص التي استدلوا بها، كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا ثانيًا للاستثناء؛ لأن تحريم بيع السلاح وقت الفتنة هو من باب سد الذرائع، وسد الذرائع هي تطبيق عمليّ للمصلحة [(٣)].

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة الكبرى: "الأمور بمقاصدها"، وبيانه: أنه لما كان القصد من بيع السلاح وقت الفتنة إذكاء للفتنة وهي محرمة شرعًا، كان الحكم موافقًا لمقصود البيع، وهذه القاعدة متداخلة مع أصل سد الذرائع، كما يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "درء المفاسد أولى من

---

(١) أخرجه البزار في مسنده ٦٣/٩ برقم (٣٥٨٩) وقال (بتصرف): " وهذا الحديث لا نعلم أحدًا يرويه عن النبيّ ﷺ إلا عمران بن حصين، وفي سنده من لا يُعرف وهو عبد الله اللقيطيّ، ومن ليس بالقويّ وهو بحر بن كنيز، ولكن ما نحفظه عن رسول الله ﷺ إلا من هذا الوجه فلم نجد بُدًّا من إخراجه، وقد رواه سَلْمُ بْنُ زُرَيْرٍ، عن أبي رجاء، عن عِمران موقوفًا، وأخرجه البيهقيّ في الكبرى مرفوعًا في كتاب البيوع، باب كراهية بيع العصير ممن يعصر الخمر، والسيف ممن يعصي الله عز وجل به ٥٣٥/٥ برقم (١٠٧٨٠) وقال: رفعه وهم، والموقوف أصح، وأخرجه الطبرانيّ في المعجم الكبير ١٣٦/١٨ برقم (٢٨٦)، وقال ابن الجوزيّ في العلل المتناهية "هَذَا حَدِيثٌ لا يَصِحُّ عَنْ رَسُولِ اللَّهِ ﷺ وقد رواه مُحَمَّد بْن مصعب القرقسانيّ عن أَبِي الأشهب عن أَبِي رجاء فرفعه ووقفه تارة على عِمْرَانَ ابن حصين، فأما بحر بْن كنيز فَقَالَ يَحْيَى: لَيْسَ بِشَيْءٍ، لا يكتب حديثه، كل الناس أحب إليَّ منه، وقال النسائيّ والدا رقطنيّ: متروك" -ولم أقف على كلامهما-، وأما مُحَمَّد بْن مصعب فقال يحيى بن معين: ليس بشيء" ٨٨/٢-٨٩، وقال ابن الملقن في البدر المنير عن بحر بن كنيز: "وهو ضعيف" ٥٠/٢، وقال الهيثميّ في مجمع الزوائد: "وَفِيهِ بَحْرُ بن كَنِيزٍ، وهو متروك" ١٠٨/٤.

(٢) تبيين الحقائق للزيلعيّ مع حاشية الشلبيّ ٢٩٦/٣.

(٣) انظر: نظريّة المقاصد عند الإمام الشاطبيّ للريسوني ٧٦/١.

جلب المصالح" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار"؛ لأن درء المفسدة هنا مقدم على جلب مصالح البيع والشراء [(١)].

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطيّ ٨/١، وشرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ٤٨/١.

المبحث الثالث

المستثنيات في الشروط في البيع

وفيه مطلب واحد هو:

استثناء بيع العربون من عدم جواز البيع المعلق على شرط، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم البيع المعلق على شرط:

صورة المسألة: أن يقول البائع: بعتك إن جئتني بكذا، أو إن رضي فلان، أي أن يكون البيع معلقًا لا منجزًا في الحال، فهذا محل خلاف بين العلماء على قولين:

القول الأول–وهو رواية عن الإمام أحمد (١)، واختيار ابن تيمية (٢)، وابن القيم (٣)، وهو جواز تعليق البيع على شرط.

القول الثاني–ذهب الحنفيّة، والمالكيّة، والشافعيّة، والمذهب عند الحنابلة (٤)، إلى عدم جواز تعليق البيع على شرط.

---

(١) انظر: الإنصاف للمرداويّ مع المقنع والشرح الكبير ٢٤٩/١١.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى ١٣٨/٢٩، وقد سبقت ترجمة ابن تيمية.

(٣) انظر: إعلام الموقعين ٣٠١/٣. وابن القيم هو: محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد الزرعيّ الدمشقيّ، أبو عبد الله، شمس الدين مولده سنة ٦٩١هـ في دمشق، تتلمذ لشيخ الإسلام ابن تيمية، أغري بحب الكتب، فجمع منها عددًا عظيمًا، وكتب بخطه الحسن شيئًا كثيرًا، وألف تصانيف كثيرة، منها: (إعلام الموقعين) و(الطرق الحكمية في السياسة الشرعيّة)، توفى سنة ٧٥١هـ. انظر: ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب ١٧٠/٥، وشذرات الذهب لابن العماد ٢٨٧/٨.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٣٨/٥، وتبيين الحقائق للزيلعيّ مع حاشية الشلبيّ ١٣١/٤، مواهب الجليل للحطاب ٣٧٣/٤، ومغني المحتاج للشربينيّ ٣٨١/٢، الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٤٩/١١.

أدلة القول الأول:

١–قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (١) وجه الدلالة: أنها أفادت وجوب الوفاء بكل عقد وشرط، منجزًا كان أم معلقًا، ومن خصها بنوع منها فعليه الإتيان بالدليل (٢).

٢–ما جاء عن أبي هريرة ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «المسلمون على شروطهم»(٣) فما يشترطه المسلمون بينهم فإنه يجب الوفاء فيه.

٣–أنه قد ورد عن غير واحد من السلف الاشتراط والتعليق في البيع؛ مما يدل على جوازه عندهم، ومن ذلك:

–ما ثبت عن عمر ﷺ أنه كان يدفع أرضه إلى العامل على إن جاء عمر بالبذر من عنده فله الشطر، وإن جاء العامل بالبذر فله كذا (٤)، وهذا تعليق لعقد المزارعة بالشرط.

–ما ثبت عن ابن عمر ﷺ، قال: أمّر رسول الله ﷺ في غزوة مؤتة زيد بن حارثة، فقال رسول الله ﷺ: «إن قتل زيد فجعفر، وإن قتل جعفر فعبد الله بن رواحة»(٥) فإذا جاز تعليق الولاية وهي من الخطورة بمكان ففي البيع أولى.

٤–أن الأصل في العقود والشروط الجواز والصحة، ولا يحرم منها ويبطل إلا ما دل الشرع على تحريمه وإبطاله، ومن ذلك تعليق العقود (٦).

---

(١) سورة المائدة: الآية ١.

(٢) انظر: المبدع لابن مفلح ٥٨/٤.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب الأقضية، باب في الصلح ٣٠٤/٣ برقم (٣٥٩٤)، والحاكم في المستدرك، كتاب البيوع ٥٧/٢ برقم (٢٣٠٩) وقال: "وهذا أصل في الكتاب وله شاهد من حديث عائشة وأنس بن مالك ﷺ" وصححه الألبانيّ في تعليقه على سنن أبي داود.

(٤) أخرجه البخاريّ معلقًا بصيغة الجزم، في كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه ١٠٤/٣ قبل حديث رقم (٢٣٢٨).

(٥) أخرجه البخاريّ، في كتاب المغازي، باب غزوة مؤتة من أرض الشام ١٤٣/٥ برقم (٤٢٦١).

(٦) مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٣٢/٢٩.

أدلة القول الثاني:

١-ما جاء عن النبيّ ﷺ أنه «نهى عن بيع وشرط» [١].

المناقشة:

أن الحديث ضعيف لا يصح، قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "هذا حديث باطل ليس في شيء من كتب المسلمين وإنما يروى في حكاية منقطعة" [٢] وقال أيضًا: "وقد ذكره جماعة من المصنفين في الفقه ولا يوجد في شيء من دواوين الحديث، وقد أنكره أحمد وغيره من العلماء، وذكروا أنه لا يعرف، وأن الأحاديث الصحيحة تعارضه" [٣].

٢-أن مقتضى البيع نقل الملك حال التبايع -بمعنى أن يترتب أثره عليه في الحال-والشرط يمنعه[٤].

المناقشة:

إن كان المراد مقتضى العقد المطلق فهذا صحيح، وكل الشروط كذلك، وإن أردتم مقتضى العقد مطلقًا فلا قائل بذلك، فإنه يصح استثناء الانتفاع بالمعقود عليه مدة، ويصح اشتراط الخيار، ويصح تأجيل الثمن أو المعقود عليه، وكلها تمنع انتقاله حالًا إلى المعقود معه، فكذلك هنا. يؤيد هذا أن شرط الخيار في العقود هو في الحقيقة تعليق للعقد [٥].

---

(١) أخرجه الطبرانيّ في الأوسط ٣٣٥/٤ برقم (٤٣٦١)، والخطابيّ في معالم السنن في كتاب البيوع، باب شرط في بيع ١٤٦/٣، ويأتي الكلام عليه في المناقشة.

(٢) مجموع الفتاوى ٦٣/١٨.

(٣) المرجع السابق ١٣٢/٢٩.

(٤) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٣٧٣/٤، وكشاف القناع للبهوتيّ ١٩٥/٣.

(٥) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ١٣٨/٢٩، والمناظرات الفقهيّة للسعديّ ص٨٥.

٣-أن انتقال الأملاك يعتمد الرضا، والرضا إنما يكون مع الجزم، ولا جزم مع التعليق، فإن شأن المُعَلَّق عليه أن يكون يعترضه عدم الحصول، وقد يكون معلوم الحصول كقدوم الحاج وحصاد الزرع [١].

المناقشة:

أ-لا نسلم أن الرضا إنما يكون مع الجزم، بل يكون مع التعليق أيضًا، كما في وقف العقود، وبيع الخيار، والشروط في العقود.

ب-ثم قصر الرضا على العقد الناجز تحكم لا دليل عليه، يخالف النصوص الدالة على إباحة البيع عمومًا، والأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالعهود في العقود.

جـ-ثم من العقود ما لا يقع إلا معلقًا كالوصية، ويلزم على قولهم بطلانها، كما أنهم يتناقضون فيستثنون صورًا من هذه القاعدة، وكل أصحاب المذاهب الأربعة قد استثنوا من ذلك صورًا مابين مقلٍ ومستكثر [٢].

د-أن قولهم: "إنَّ شأن المُعَلَّق عليه أن يكون يعترضه عدم الحصول" لا مانع منه إذا لم يترتب عليه أكل المال بالباطل، فلو لم يحصل لكان حقًا للطرفين محفوظًا.

٤-أن التعليق من باب القمار، وهو مخاطرة تتضمن أكل المال بالباطل، كما أنه يؤدي إلى الغرر [٣].

المناقشة:

أ-عدم التسليم بأنه من القمار؛ إذ يلزم على هذا أن الوصية ونحوها من القمار؛ لأنها معلقة.

---

(١) الفروق للقرافيّ ٢٢٩/١.

(٢) انظر: الفروق للقرافيّ ٢٢٩/١، وغمز عيون البصائر للحسينيّ ٤١/٤.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعيّ مع حاشية الشلبيّ ١٣١/٤.

ب–أن غاية ما في البيع المعلق إن حصل المشروط فحقهما محفوظ، وإن لم يحصل فمالهما محفوظ أيضًا، وليس فيه أكل للمال بالباطل.

الراجح:

يترجح –والله أعلم–القول بجواز تعليق البيع على شرط؛ لقوة أدلتهم، وموافقتها أصول الشريعة وقواعدها العامة، ولمناقشتهم أدلة المخالفين.

الفرع الثاني–تعريف بيع العربون والتحقيق في استثناءه:

العربون في اللغة: بفتح العين والراء وبضم العين وإسكان الراء، وتُبْدَلُ عَيْنُهُنَّ هَمْزَةً: ما عُقِدَ به المُبايَعَةُ من الثَّمن" (١).

وفي اصطلاح الفقهاء: أن يدفع المشتري إلى البائع جزءًا من الثمن قبل العقد أو في أثنائه، على أنه إن تم البيع فهو من الثمن، وإلا فهو للبائع (٢).

اختلف الفقهاء في بيع العربون على ثلاثة أقوال:

القول الأول–ذهب جمهور الفقهاء من الحنفيّة، والمالكيّة، والشافعيّة، ورواية عن الإمام أحمد (٣)، إلى تحريم بيع العربون.

القول الثاني–ذهب الحنابلة إلى جواز بيع العربون، سواء أوقِّتت مدة الانتظار أم لم توقَّت، وهذا من مفردات المذهب، وهو بذلك مستثنى من قولهم في المسألة السابقة، وهو تحريم اشتراط ما يعلق البيع (٤).

---

(١) انظر القاموس المحيط للفيروزآبادي ١/١١٣–١١٣.

(٢) انظر: الشرح الكبير للدردير ٣/٦٣، ومغني المحتاج للشربينيّ ٢/٣٩٥، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١١/٢٤٩.

(٣) انظر: فتاوى السفدي ١/٤٦٧،٤٧٣، والشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقيّ ٣/٦٣، والتمهيد لابن عبد البر ٢٤/١٧٩، وتفسير القرطبيّ ٥/١٥٠، والمحموع للنوويّ ٩/٣٣٥، ومغني المحتاج للشربينيّ ٢/٣٩٥، والمغني لابن قدامة ٤/١٧٥، الإنصاف للمرداويّ ٤/٣٥٨، وهو مروي عن ابن عباس والحسن البصريّ والأوزاعيّ والثوريّ والليث واختار أبو الخطاب من الحنابلة هذه الراوية.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٤/١٧٥، والمنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد للبهوتيّ ١/٤٢٦.

القول الثالث–وهو قول لمتأخري الحنابلة، وهو جواز بيع العربون بشرط توقيت مدة الانتظار [١].

أدلة القول الأول:

١–قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ [٢] وجه الدلالة: أن البائع لا يرد العربون للمشتري إذا عدل عن الشراء، وأخذ البائع للعربون أخذ بغير عوض ولا وجه حق، فهو من أكل المال بالباطل.

المناقشة: لا نسلم أن بيع العربون أكلًا لأموال الناس بالباطل، بل هو في مقابل ضرر التعطل والانتظار، وتفويت الفرصة في صفقة أخرى بسبب حبس السلعة.

٢–ما رواه عمرو بن شعيب [٣] عن أبيه عن جده قال: نهى رسول الله ﷺ عن بيع العربان [٤].

نوقش بأن الحديث ضعيف، ضعفه الإمام أحمد [٥]، والنوويّ [٦]،

(١) انظر: مطالب أول النهى للرحيبانيّ ٧٨/٣، وهو رأي الشيخ عبد الله بن منيع، والدكتور وهبة الزحيلي، والدكتور رفيق المصريّ. انظر: مجلة مجمع الفقه الإسلاميّ، العدد الثامن ٦٧٨/١، ٦٩٧، ٧٢٩، وبه صدر قرار مجمع الفقه الإسلاميّ التابع لمنظمة المؤتمر الإسلاميّ. انظر: قرار المجمع رقم ٧٦/٣/٨د العدد الثامن من مجلة المجمع ٧٩٣/١. وقد أخرت هذا القول –وهو الراجح عندي–على خلاف عادتي في البحث، وهي تقديمي للقول الراجح عند ذكر الأقوال؛ لأن أدلة هذا القول هي أدلة القول الثاني نفسها وزادوا عليها، فمنعًا للتكرار أخرته لأكتفي بالإشارة إلى ما استدل به أصحاب القول الثاني.

(٢) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٣) هو أبو إبراهيم، وقيل أبو عبد الله، عمرو بن شعيب بن محمد بن عبد الله بن عمرو بن العاص، القرشيّ السهميّ، من رواة الحديث، اختلفت أقوال أئمة الجرح والتعديل فيه، قال ابن حجر: صدوق، توفي بالطائف سنة ١١٨هـ. انظر: تهذيب الكمال للمزيّ ٦٤/٢٢ وما بعدها، وتقريب التهذيب لابن حجر ٤٢٣/١ برقم (٥٠٥٠).

(٤) أخرجه مالك في الموطأ، كتاب البيوع، باب ما جاء في العربان ٨٧٩/٤ برقم (٢٢٥٧)، ورواه ابن ماجه في كتاب التجارات، باب بيع العربان ٧٣٨/٢ برقم (٢١٩٢)، ورواه أبو داود في كتاب البيوع، باب في العربان ٢٨٣/٣ برقم (٣٥٠٢). ويأتي الكلام عليه.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة ١٧٥/٤.

(٦) قال في المجموع ٣٣٥/٩: "رواه مالك في الموطأ، قال: أخبرني الثقة عن عمرو بن شعيب فذكره، ومثل هذا لا يحتج به عند أصحابنا ولا عند جماهير العلماء، ورواه أبو داود في سننه عن العقبى عن مالك أنه بلغه عن عمرو بن شعيب وهذا أيضًا منقطع لا يحتج به، ورواه ابن ماجه عن الفضل بن يعقوب الرخاميّ عن حبيب بن أبي ثابت كاتب مالك عن عبد الله بن عامر الأسلميّ عن عمرو بن شعيب وحبيب بن أبي ثابت، هذا وعبد الله بن عامر

وابن حجر [1]، والصنعاني [2].

٣–أن حديث عمرو بن شعيب السابق، وإن كان ضعيفًا، فهو يَتَضَمَّنُ حَظْرَ بيع العربون، وَهُوَ أَرْجَحُ مِنْ الْإِبَاحَةِ كَمَا تَقَرَّرَ فِي الْأُصُولِ [3].

=الأسلميّ هذا ضعيفان باتفاق المحدثين، وذكر البيهقيّ رواية مالك، وهي قوله: بلغني عن عمرو بن شعيب. ثم قال البيهقيّ: هكذا روى مالك هذا الحديث في الموطأ فلم يسم رواية الذي رواه عنه، قال: ورواه حبيب بن أبي ثابت عن مالك عن عبد الله بن عامر الأسلميّ عن عمرو بن شعيب، وقيل: إنما رواه مالك عن ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب كذا قاله أبو أحمد ابن عدي الحافظ، قال ابن عدي: والحديث عن ابن لهيعة عن عمرو بن شعيب مشهور، قال البيهقيّ: وقد روى هذا الحديث عن الحارث ابن عبد الرحمن بن أبي ذباب عن عمرو بن شعيب، ثم رواه البيهقيّ بإسناده عن عاصم بن عبد العزيز عن الحارث عن عمرو، ثم قال البيهقيّ: عاصم هذا فيه نظر، وحبيب بن أبي ثابت هذا ضعيف، وعبد الله بن عامر وابن لهيعة لا يحتج بهما، والأصل في هذا الحديث أنه مرسل مالك، وقال البيهقيّ في كتابه (معرفة السنن والآثار): بلغني أن مالكًا أخذه عن عبد الله بن عامر، وقيل:عن ابن لهيعة، وقيل: عن الحارث بن عبد الرحمن عن عمرو بن شعيب، قال: وفي الجميع ضعف، فالحاصل أن هذا الحديث ضعيف، قال: وإنما بسطت الكلام فيه لشهرته والحاجة إلى معرفته". وقد سبقت ترجمة النوويّ.

(١) قال في التلخيص ٤٤/٣ ومابعدها: " روي أنه ﷺ نهى عن بيع العربان، مالك، وأبو داود، وابن ماجه، من حديث عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، وفيه راوٍ لم يُسَمَ، وسُمِّي في رواية لابن ماجه ضعيفة: عبد الله بن عامر الأسلميّ، وقيل: هو ابن لهيعة وهما ضعيفان، ورواه الدارقطنيّ، والخطيب في الرواة عن مالك، من طريق الهيثم بن اليمان، عنه، عن عمرو بن الحارث، عن عمرو بن شعيب، وعمرو بن الحارث ثقة، والهيثم ضعفه الأزديّ، وقال أبو حاتم: صدوق، وذكر الدارقطنيّ أنه تفرد بقوله عن عمرو بن الحارث. قال ابن عديّ: يقال: إن مالكًا سمع هذا الحديث من ابن لهيعة، ورواه البيهقيّ من طريق عاصم بن عبد العزيز، عن الحارث بن عبد الرحمن، عن عمرو بن شعيب". ورواية البيهقيّ عن عاصم بن عبد العزيز عن الحارث... قال البيهقيّ: "عاصم هذا فيه نظر" المرجع السابق. وابن حجر هو: شهاب الدين أبو الفضل أحمد بن علي بن محمد الكنانيّ العسقلانيّ المصريّ، الشهير بابن حجر، الحافظ الناقد، ولد في القاهرة سنة ٧٧٣هـ، كان مولعًا بالشعر والأدب، ثم أقبل على الحديث حتى صار إمامًا فيه، له تصانيف عدة منها: فتح الباري بشرح صحيح البخاريّ، وبلوغ المرام من أدلة الأحكام. انظر: الضوء اللامع للسخاويّ ٣٦/٢–٤٠، وشذرات الذهب لابن العماد ٣٩٥/٩.

(٢) قال في سبل السلام ٢٢/٢: "فيه راوٍ لم يُسَمَ، وسُمِّيَ في رواية فإذا هو ضعيف، وله طرق لا تخلو من مقال". والصنعانيّ هو: عز الدين أبو إبراهيم محمد بن إسماعيل بن صلاح، الحسنيّ الصنعانيّ، الشهير بالأمير، من كبار علماء اليمن، ولد سنة ١٠٩٩هـ، كان من فقهاء الزيدية ثم صار من المجتهدين، أصيب بمحن كثيرة في حياته، له تصانيف عدة، منها: سبل السلام شرح بلوغ المرام، توضيح الأفكار شرح تنقيح الأنظار، توفي سنة ١١٨٢هـ. انظر البدر الطالع للشوكانيّ ١٣٣/٢.

(٣) نيل الأوطار للشوكانيّ ١٨٢/٥. وقد ضعّف الشوكانيّ الحديث في بداية كلامه عنه، ولما بلغ موضع الترجيح في حكم بيع العربون قال: إن طرق الحديث يقوي بعضها بعضًا.

يناقش بأن هذا معارض بأن "الأصل في الشروط الصحة واللزوم إلا ما دل الدليل على خلافه"(١)، ولا يُعدل عن هذا الأصل إلا بدليل صحيح، وهذا الحديث ضعيف، واليقين لا يزول بالشك، والمقصود باليقين هو الصحة والجواز بناء على الأصل، والشك هو التحريم استنادًا على الحديث الضعيف، كما أن قاعدة تقديم الحظر على الإباحة عندما يتساوى الدليلان (٢)، وهنا الدليلان غير متساويين، بل هناك مرجح للقول بجواز بيع العربون –كما سيأتي–، كما أن قاعدة تقديم الحظر على الإباحة إنما هي في الأمور التي يكون الأصل فيها الحظر كالعبادات والفروج (٣)، وهذا بخلاف المعاملات؛ إذ الأصل فيها الإباحة، والشروط الأصل فيها الصحة واللزوم.

٤–أن في العربون شرطين فاسدين هما:

الشرط الأول: شرط الهبة، بمعنى أن ما دفعه المشتري يكون مجانًا إذا اختار ترك السلعة.

الشرط الثاني–شرط الرد على البائع إذا لم يقع من المشتري الرضا بالبيع (٤).

يناقش بأن الشرط الأول ليس بهبة كما ذكر، بل هو مقابل الخيار (٥) الذي ملكه المشتري، ودفعه حين عدل عن الشراء، فلا يصدق عليه أنه دفعه مجانًا، كما أنه في مقابل حبس السلعة عن عرضها للبيع، وقد يحرم البائع فرصًا في بيعها، وربما كانت هذه الفرص أكثر غبطة ومصلحة لمالكها، فالعربون في مقابل التعويض عن هذا الحرمان.

---

(١) فتاوى شيخ الإسلام ٣٤٦/٢٩.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ٩٣/١.

(٣) انظر: المرجع السابق ٥٨/١.

(٤) مغني المحتاج للشربينيّ ٣٩٥/٢.

(٥) كون العقد جائزًا مدة معينة في حق المشتري قد يكون له ثمن، وقد يتسامح فيه البائع فيكون بلا ثمن، ففي حال عدول المشتري عن الصفقة يكون الخيار له ثمن، وهو قيمة العربون.

وأما الشرط الثاني، وهو شرط الرد إذا لم يرض المشتري، فهو خيار الشرط ولا إشكال في مشروعيته، والمذاهب الأربعة تجيز خيار الشرط في الأصل، وإن كانت مختلفة في بعض مسائله، فلا وجه لمنع العربون لوجود هذا الشرط (١).

٥-أن العربون بمنزلة الخيار المجهول؛ لأنه يتضمن اشتراط المشتري أن له رد السلعة من غير تقيُّد ذلك بمدة (٢).

يناقش بأنه يمكن انتفاء الجهالة بتحديد المدة التي يجوز فيها الرد، ثم إنه على افتراض عدم تحديد المدة فإن هذا ليس كافيًا لمنع العربون؛ إذ قد أجاز الفقهاء بعض الشروط المطلقة التي لم تحدد بمدة كخيار العيب، وخيار المجلس عند القائلين به (٣).

٦-أن المشتري بالعربون شَرَط للبائع شيئًا بغير عوض، فلم يصح، كما لو شرطه لأجنبيّ (٤).

يناقش بأن العربون لم يشرط للبائع بغير عوض، بل هو مقابل انتظار المشتري، وحبس السلعة، والامتناع عن البيع، وقد سبق بيانه.

وأما قولهم: "كما لو شرطه لأجنبيّ" فهو قياس مع الفارق؛ لأن اشتراطه للأجنبيّ لا يعود على المشتري بنفع، بخلاف اشتراطه للبائع فإنه يعود على المشتري بنفع؛ إذ لولا العربون لم يرض البائع بالعقد.

٧-أن في بيع العربون غررًا.

يناقش بعدم التسليم بوجود الغرر في بيع العربون؛ لأن المبيع معلوم والثمن معلوم، والقدرة على التسليم متوفرة، أما الغرر الناشئ عن احتمال نكول المشتري عن الشراء فلا يضر؛ لأن الشارع أجاز من الغرر ما تدعو إليه الحاجة مما لا يؤول بالمتعاقدين إلى الشقاق والنزاع، ولأن هذا الأمر

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٥٦٥/٤، والذخيرة للقرافيّ ٢٣/٥-٢٦، ومغني المحتاج للشربينيّ ٣٩١/٢، والمغني لابن قدامة ٤٨٣/٣.

(٢) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٥٢/١١.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٤٨٤/٣.

(٤) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٥٢/١١.

موجود في الخيارات كخيار الشرط والرؤية، ولو عُدَّ ذلك من الغرر لعدَّ خيار الشرط باطلًا، وقد أجمع العلماء على اعتباره في الجملة وهو مجهول العاقبة (١).

أدلة القول الثاني:

١-ما جاء عَنْ زيد بن أسلم (٢): «أَنَّ النبيّ ﷺ أَحَلَّ الْعُرْبَانَ فِي الْبَيْعِ» (٣).

وقد نوقش بأنه ضعيف (٤).

٢-أن نافع بن عبد الحارث (٥) اشترى دارًا للسجن بمكة من صفوان بن أمية (٦) على أن عمر إن رضي فالبيع بيعه، وإن لم يرض عمر فلصفوان أربع مئة دينار (٧).

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٥٦٥/٤، والذخيرة للقرافيّ ٢٣/٥-٢٦، ومغني المحتاج للشربينيّ ٣٩١/٢، والمغني لابن قدامة ٤٨٣/٣.

(٢) هو أبو أسامة زيد بن أسلم القرشيّ العدويّ، فقيه مفسر، من أهل المدينة، كان مع عمر بن عبد العزيز أيام خلافته، واستقدمه الوليد بن يزيد في جماعة من فقهاء المدينة إلى دمشق مستفتيًا في أمر، وكان ثقة، كثير الحديث، له حلقة في المسجد النبويّ، توفي سنة ١٣٦هـ. انظر: شذرات الذهب لابن العماد ١٥٩/٢.

(٣) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، باب في العربان في البيع ٧/٥ برقم (٢٣١٩٥) ويأتي الكلام عليه.

(٤) قال ابن عبد البر في التمهيد ١٧٩/٢٤: "وهذا لا يعرف عن النبيّ ﷺ من وجه يصح، وإنما ذكره عبد الرزاق عن الأسلميّ عن زيد بن أسلم مرسلا وهذا ومثله ليس بحجة". وقال ابن حجر في التلخيص الحبير ٤٥/٣: "وهذا ضعيف مع الإرسال، والأسلميّ هو إبراهيم بن محمد بن أبي يحيى". وقال الشوكانيّ في نيل الأوطار ١٨٢/٥: "وهو مرسل، وفي إسناده إبراهيم بن أبي يحيى وهو ضعيف". ذكروا أنه عند عبد الرزاق ولم أجده.

(٥) هو الصحابيّ الجليل نافع بن عبد الحارث بن كلدة الثقفيّ، أخو أبي بكرة ﷺ لأمه، ادّعاه الحارث، واعترف أنه ولده فثبت نسبه منه، وهو أول من اقتنى الخيل بالبصرة، وهو أحد الشهود على المغيرة. انظر: الإصابة لابن حجر ٣١٩/٦-٣٢٠.

(٦) هو صفوان بن أمية بن خلف، الجمحيّ المكيّ، صحابيّ أسلم بعد الفتح، وحسن إسلامه، وشهد اليرموك أميرًا على كردس، مات أيام قتل عثمان ﷺ، وقيل: توفي في أوائل خلافة معاوية ﷺ. انظر: الإصابة لابن حجر ٣٤٩/٣ ومابعدها، والسير للذهبيّ ٥٦٢/٢-٥٦٧.

(٧) أخرجه البخاريّ معلقًا بصيغة الجزم، كتاب الخصومات، باب الربط والحبس في الحرم ١٢٣/٣ قبل حديث رقم (٢٤٢٣)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، باب في العربان في البيع ٧/٥ برقم (٢٣٢٠١). قال ابن حجر في فتح الباري ٧٦/٥: "وصله عبد الرزاق وبن أبي شيبة والبيهقيّ من طرق عن عمرو بن دينار عن عبد الرحمن بن فروخ به، وليس لنافع بن عبد الحارث ولا لصفوان بن أمية في البخاريّ سوى هذا الموضع" وعبد الرحمن بن فروخ ذكره ابن حبان في الثقات ٨٧/٧ برقم (٩١٢٩). وقال عنه ابن حجر في التقريب: "مقبول" ٣٤٨/١ برقم (٣٩٧٩).

ونوقش من وجوه عِدَّة:

الوجه الأول–احتمال كون المبلغ الذي يستحقه صفوان إذا لم يرض عمر كان في "مقابلة انتفاعه بتلك الدار إلى أن يعود الجواب من عمر" (١).

الوجه الثاني–احتمال أن عمر اشتراها بعقد مبتدئ، وحسب المبلغ الذي ذكره نافع من الثمن (٢)، فلا يكون من بيع العربون.

الوجه الثالث–يحتمل أنه بيع بشرط الخيار أو هو وعد أو مما يقتضيه العقد (٣)، وليس بيعًا بشرط العربون، ومع الاحتمال يبطل الاستدلال.

ويجاب عنها: بأن الاحتمالات المذكورة لا يعضدها دليل، بل الدليل على خلافها، وهو التصريح بشرط العربون في قوله: "على أن عمر إن رضي فالبيع بيعه، وإن لم يرض عمر فلصفوان أربع مئة دينار"، ويدل على ذلك ما استنتجه الإمام أحمد ﷺ من هذا الحديث بأنه بيع بشرط العربون، وإجازته للعربون لهذا الحديث (٤).

٣–ما جاء عن بعض الصحابة والتابعيّن من إقرار بيع العربون والقول به، كابن عمر (٥)، ومجاهد(٦)، وسعيد بن المسيب (٧).

---

(١) فتح الباري لابن حجر ٧٦/٥.

(٢) المغني لابن قدامة ١٧٦/٤.

(٣) عمدة القاري للعينيّ ٢٦٢/١٢.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ١٧٦/٤.

(٥) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، باب العربان في البيع ٧/٥ برقم (٢٣١٩٩).

(٦) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، باب العربان في البيع ٧/٥ برقم (٢٣١٩٧). ومجاهد هو: أبو الحجاج مجاهد بن جبر المكيّ، شيخ القراء والمفسرين في وقته، كان ملازمًا لابن عباس، اختلفوا في تاريخ وفاته، فقيل: سنة ١٠٢هـ، وقيل: سنة ١٠٣هـ، وقيل: سنة ١٠٤هـ، وقيل غير ذلك. انظر: السير للذهبيّ ٤٤٩/٤ وما بعدها.

(٧) انظر: المغني لابن قدامة ١٧٥/٤.وسعيد بن المسيب هو: أبو محمد سعيد بن المسيب بن حزن القرشيّ المخزوميّ، سيد التابعيّن، ولد في خلافة عمر بن الخطاب، كان أعلم أهل المدينة وأفقههم في زمانه، وإليه مرجع الفتوى، توفي بعد سنة ٩٠هـ. انظر: السير للذهبيّ ٢١٧/٤ وما بعدها.

نوقشت هذه الآثار – إذا سلمنا بصحتها–بأنها إما قول صحابيّ أو تابعيّ معارض لحديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده عن رسول الله ﷺ في النهي عن العربون، وعلى القول بضعف حديث النهي، فهي أقوال معارضة بأقوال صحابة آخرين، قال ابن القيم: "إذا قال الصحابيّ قولًا فإما أن يخالفه صحابيّ آخر أو لا يخالفه، فإن خالفه مثله لم يكن قولُ أحدهما حُجة على الآخر..." [١].

٤–أن الأصل في العقود والشروط الصحة ما لم يرد مانع صحيح [٢]، ولم يرد دليل صحيح يمنع العربون.

أدلة القول الثالث:

أدلة القول الثاني السابقة جميعها تُعَد أدلة لهذا القول، بالإضافة إلى تأقيت مدة الانتظار، احترازًا عن الغرر الحاصل بسبب الجهالة في مدتها، كما يُستدل لهم بما رُوِيَ عن ابن سيرين [٣] أنه قال: قال رجل لكريه: أرحل ركابك، فإن لم أرحل معك يوم كذا وكذا فلك مئة درهم، فلم يخرج، فقال شريح [٤]: "من شرط على نفسه طائعًا غير مكره فهو عليه"، وعن ابن سيرين أيضًا: إن رجلا باع طعاما، وقال: إن لم آتك الأربعاء فليس بيني وبينك بيع، فلم يجئ، فقال شريح للمشتري: "أنت أخلفت" فقضى عليه [٥].

---

(١) إعلام المواقعين ٩١/٤. وابن القيم سبقت ترجمته.

(٢) فتاوى شيخ الإسلام ٣٤٦/٢٩.

(٣) هو: أبو بكر محمد بن سيرين الأنصاريّ البصريّ، من كبار التابعيّن، كان مولى لأنس بن مالك الصحابيّ، روى عن كثير من الصحابة، اشتهر بالورع والعبادة وتعبير الرؤى، توفي سنة ١١٠هـ. انظر السير للذهبيّ ٦٠٦/٤ وما بعدها.

(٤) هو أبو أمية شريح بن الحارث بن قيس الكنديّ، قاضي الكوفة بتولية عمر بن الخطاب، اشتهر بشريح القاضي، أدرك حياة النبيّ ولم يلقه، واختلف في تاريخ وفاته. انظر: السير للذهبيّ ١٠٠/٤–١٠٦.

(٥) أخرجه البخاريّ تعليقًا بصيغة الجزم، كتاب الشروط، باب ما يجوز من الاشتراط ١٩٨/٣ قبل حديث رقم (٢٧٣٦).

الترجيح:

بعد استعراض الأقوال والأدلة نجد أن الأحاديث الواردة في إباحة بيع العربون والنهي عنه أحاديث متعارضة، ولا تخلو من ضعف؛ فتسقط دلالة الإباحة ودلالة النهي المستقاة منها، وبالرجوع إلى الأصول والقواعد الشرعيّة نجد أقرب الأقوال إليها هو القول الثالث، وهو القول بجواز بيع العربون بشرط توقيت مدة الانتظار وبيان ذلك بما يأتي:

١-أنه يتماشى مع أصل عظيم، وهو أن الأصل في الشروط الصحة والجواز.

٢-أنه قد تعارف كثير من البلدان على بيع العربون حتى تلك البلاد التي لا تدين بمذهب الحنابلة، والعرف معتبر إذا لم يعارضه نص.

٣-أن الحاجة إلى بيع العربون في هذا الزمن أكثر منها في أي وقت مضى؛ وذلك لاختلاف الأسعار، فقد تهبط السلعة فيرد المشتري السلعة، ويتضرر البائع.

٣-أن تقييد جواز بيع العربون بما إذا وقّت العاقدان مدة الانتظار، فيه دفع للضرر والنزاع بينهما، وهذا متوافق مع قواعد الإسلام في العقود والمعاملات، كما أن فيه دفع للجهالة في المدة؛ لأنه لو خلا عن هذا القيد لأفضى ذلك إلى قياسه على الخيار المجهول.

وبناء على ذلك يكون استثناء بيع العربون مع توقيت مدة الانتظار من عدم جواز اشتراط ما يعلق العقد استثناء صحيح لما تقدم.

سبب الاستثناء:

النص، وهو يتضح بجملة النصوص التي استدل بها أصحاب الاستثناء [١].

كما يمكن عَدّ استصحاب البراءة الأصلية سببًا آخر للاستثناء [٢]، وهو براءة الذمة من التكاليف الشرعيّة حتى يقوم الدليل على التكليف بأمر من الأمور؛ لأن الأصل في المعاملات الإباحة.

ويمكن عَدُّ العرف سببًا للاستثناء؛ لأن بيع العربون مما تعارفه الناس من دون نكير منهم، والعرف معتبر إذا لم يعارضه نص [٣].

---

(١) وهي لا تخلو من مقال كما تقدم، لكنني هنا أذكر كل ما يكون سببا للاستثناء عند من يقول به.

(٢) انظر: روضة الناظر لابن قدامة ١/٤٤٦.

(٣) انظر: المنثور في القواعد الفقهيّة للزركشيّ ٢/٣٨٠.

ويمكن عَدُّ المصلحة سببًا آخر للاستثناء، وذلك يتضح في تقييد جواز بيع العربون بما إذا قيد العاقدان مدة الانتظار بوقت، لما فيه من مصلحة للمتعاقدين، ودفعًا للضرر، وقطعًا لدابر النزاع بينهما.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة"؛ لأن الحاجة داعية إلى التعاقد بالعربون، وهي حاجة معتبرة مؤثرة في إباحة العربون؛ لأن في منعه ضيقًا يُفوِّت مطلوب المتعاقدين، ويوقعهم في شيء من الحرج، ثم إن هذه الحاجة تُعَدُّ حاجة عامة لا تختص بالاحتياج إليها فئة من دون أخرى، والحاجة العامة ليس من شرط العمل بها تعينها [(١)].

كما يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة الكبرى: "اليقين لا يزول بالشك" [(٢)]، والمقصود باليقين هو: جواز بيع العربون بناء على الأصل، والشك هو في تحريمه؛ لأن مستنده ضعيف لا يقوى على معارضة دليل الأصل.

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ٢٠٩/١-٢١٠.

(٢) انظر: المرجع السابق ٧٩/١. وقد قدمت قاعدة: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة" على القاعدة الكبرى: "اليقين لا يزول بالشك" مع أنها متفرعة عنها؛ لأن قاعدة الحاجة هي أَلْيَق بموضوع الاستثناء، وأقرب من عموم قاعدة: "اليقين لا يزول بالشك".

المبحث الرابع

المستثنيات في باب الخيار

وفيه مطلبان:

المطلب الأول–استثناء التفرق بالبدن، والتخاير، وإسقاط الخيار ابتداءً، وموت أحد العاقدين، والتصرف في المبيع زمن الخيار، من ثبوت خيار المجلس للمتبايعين.

المطلب الثاني–استثناء تعذر رد المبيع من عدم جواز أخذ الأرش في المعيب إذا لم يعلم عيبه.

المطلب الأول

استثناء التفرق بالبدن، والتخاير، وإسقاط الخيار ابتداءً، وموت أحد العاقدين، والتصرف في المبيع زمن الخيار، من ثبوت خيار المجلس للمتبايعين

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم خيار المجلس:

اختلف العلماء في خيار المجلس على قولين:

القول الأول–ذهب الشافعيّة والحنابلة إلى إثبات خيار المجلس في البيوع، فإذا انعقد العقد بتلاقي القبول والإيجاب فإن العقد يقع جائزًا ما دام المتعاقدان في مجلس العقد، ويكون لكلٍّ منهما الخيار في فسخ العقد أو إمضائه (١).

القول الثاني–ذهب الحنفيّة والمالكيّة إلى لزوم عقود البيع بالقبول والإيجاب، ولا يملك أحد العاقدين الرجوع عن العقد إلا برضا صاحبه، ولا يثبت لهما خيار المجلس (٢).

أدلة القول الأول:

١–ما جاء عن ابن عمر ﵄ أن النبيّ ﷺ قال: «البيِّعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر» (٣)، وجه الاستدلال: أن النبيّ ﷺ أثبت للمتبايعين بعد انعقاد البيع بالإيجاب

---

(١) انظر: المجموع للنوويّ ٢٢٢/٩، ومغني المحتاج للشربينيّ ٣٢٩/٢، والشرح الكبير مع المقنع والإنصاف لابن قدامة ٢٨١/١١.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٣٤/٥، وفتح القدير لابن الهمام ٢٥٧/٦، ومواهب الجليل للحطاب ٤١٠/٤.

(٣) أخرجه البخاريّ في كتاب البيوع، باب إذا لم يوقت في الخيار، هل يجوز البيع ٦٤/٣ برقم (٢١٠٩).

والقبول الخيار في فسخ البيع أو إمضائه من دون رضا الطرف الآخر، ما داما في مجلس العقد، ولم يتفرقا بالأبدان، أو لم يخير أحدهما الآخر [1].

اعترض عليه من وجهين:

الوجه الأول–أن المراد بالتفرق في الحديث هو التفرق بالأقوال لا الأبدان.

الوجه الثاني–أن المراد بالبيِّعان في الحديث هما المتساومان قبل العقد [2].

يجاب عنهما:

أولًا–أن ابن عمر ﭬ، وهو راوي الحديث ومن أهل الفقه وأهل اللسان كان إذا اشترى شيئًا، وحصل الإيجاب والقبول، قام عن المجلس، ومشى قليلًا، ثم رجع؛ وذلك ليلزم العقد [3]، بل إن نَقْل ابن عمر يدل على أن هذا هو فهم الصحابة ﭫ، بل ذكر ابن حجر في الفتح أنه لا يوجد مخالف لهذا الفهم من الصحابة [4]، ويؤيد ذلك رواية البيهقيّ للحديث وفيه: «حتى يتفرقا من مكانهما»[5]، ثم إن اللفظ لا يحتمل ما قالوه؛ إذ ليس بين المتبايعين تفرق بلفظ ولا اعتقاد، إنما بينهما اتفاق على الثمن والمبيع بعد الاختلاف فيه.

ثانيًا–أن تفسير البيِّعان بالمتساومين فيه إبطال لفائدة الحديث؛ لأن المتساومين قد عُلِم بالبداهة أنهما بالخيار قبل العقد في إنشائه وإتمامه، فهو تحصيل حاصل، وتفسير الحديث بما لا ثمرة له وهو بعيد الاحتمال غير مقبول؛ لأن صاحب هذا القول منزه عن لغو القول وسَقْطِه الذي لا مرمى له [6].

---

(١) انظر: نيل الأوطار للشوكانيّ ٥/٢٢٠.

(٢) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٤/٤١٠.

(٣) أخرجه البخاريّ في كتاب البيوع، باب كم يجوز الخيار ٣/٦٤ برقم (٢١٠٧).

(٤) ٤/٣٣٠، وقد سبقت ترجمة ابن حجر.

(٥) أخرجه البيهقيّ في الكبرى، كتاب البيوع، باب المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا إلا بيع الخيار ٥/٤٤٥ برقم (١٠٤٤٩) من حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن عبد الله بن عمرو بن العاص، قال ابن الملقن: "وَهَذَا إِسْنَاد صَحِيح إِلَى عَمْرو بن شُعَيْب عَلَى شَرط مُسلم" البدر المنير ٢/١٥٦، وقد سبقت ترجمة البيهقيّ.

(٦) انظر: المغني لابن قدامة ٣/٤٨٣.

٢–أن عقود البيع قوامها التراضي، والرضا أساسه الاختيار الصحيح والموازنة بين منافع العقد ومغارمه، وهي عقود إذا أبرمت واستقرت لزمت؛ لذلك كان لابد أن يكون لدى العاقد فسحة من الوقت للتفكير والرويَّة، فكانت هذه الفسحة هي مجلس العقد (١).

أدلة القول الثاني:

١–قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ (٢)، وجه الاستدلال: أن الله أمر بالوفاء في العقود والخيار منافٍ لذلك، فإن الراجع عن العقد لم يفِ به (٣).

يجاب عن استدلالهم: أن الآية أمرت بالوفاء بالعقود عند لزومها، أما إذا كان العقد جائزًا كما في خيار المجلس، فلا يُؤمر العاقد بالوفاء به؛ وقلنا ذلك جمعًا بين الأدلة؛ لأن الآية مطلقة، وأدلة خيار المجلس مقيدة لها، ولا يصار إلى الترجيح إذا أمكن الجمع بين الأدلة؛ لأن فيه إعمالًا لكلا الدليلين (٤).

٢–قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ﴾ (٥)، وجه الاستدلال: أن ظاهر الآية يقتضي حل الأكل عند حصول التجارة عن تراض من غير تقييد بالتفرق عن مكان العقد، فتقييد حل الأكل بالتفرق زيادة على النص ومخصص لها بغير دليل، كما أن فيه إهمال للرضا الحاصل عند القبول والإيجاب (٦).

يجاب عن استدلالهم من وجهين:

الوجه الأول–أن الآية نصت على شرط واحد من شروط البيع، وهو الرضا، ولا يعني ذلك أن الشروط الأخرى غير معتبرة من أدلة أخرى، كما هو حاصل بخيار المجلس.

الوجه الثاني–أن خيار المجلس مشروع للتأكد من تمام التراضي، فحينئذٍ لا تناقض بينهما (٧).

---

(١) الملكية ونظريّة العقد لأبي زهرة ص٢٠٩.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١٣٣/٣.

(٤) انظر: حاشية ابن الشاط على الفروق ٢٧٢/٣، ونيل الأوطار للشوكانيّ ٢٢١/٥.

(٥) سورة النساء: الآية ٢٩.

(٦) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١٣٤/٣.

(٧) انظر: المجموع للنوويّ ٢٢٢/٩، و الخيار وأثره في العقود لأبي غده ص١٤٤.

الراجح:

بعد استعراض الأدلة أجد أن القول الأقوى في هذه المسألة هو قول الشافعيّة والحنابلة؛ فالأحاديث صحيحة وصريحة في ثبوت خيار المجلس، وما ذكره المخالفون لا يقوى على معارضة ما استدل به أصحاب القول الأول؛ ولهذا يقول ابن عبد البر في التمهيد: "قد أكثر المتأخرون من المالكيّين والحنفيّين من الاحتجاج لمذهبهما في رد هذا الحديث-يعني حديث البيعان بالخيار-بما يطول ذكره، وأكثره تشغيب لا يحصل منه على شيء لازم لا مدفع له... وهذه ظواهر وعموم لا يعترض بمثلها على الخصوص والنصوص وبالله التوفيق" (١).

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء التفرق بالبدن، والتخاير، وإسقاط الخيار ابتداءً، وموت أحد العاقدين، والتصرف في المبيع زمن الخيار:

يَرِدُ هذا الاستثناء على القائلين بخيار المجلس، فهم لم يضيقوا على المتبايعين بإلزامهما بالعقد بمجرد القبول والإيجاب، ولم يُحرِّجوهما ويتركوا العقد معلقًا بلا أمد ينتهي به، فاستثنوا صورًا عِدَّةً يسقط بها حقهما في الخيار ويكون العقد لازما، وهي كالآتي:

الصورة الأولى-تفرق المتعاقدين بالبدن: وقد اتفق الشافعيّة والحنابلة على هذه الصورة، فإذا تفرق المتعاقدان من المجلس ولم يترك أحدهما البيع في أثناء المجلس فقد لزم البيع وبطل خيار المجلس(٢)، واستدلوا بمجموع الأحاديث التي نصت على أن المتبايعين بالخيار ما لم يتفرقا، ومنها

---

(١) ١١/١٤، وابن عبد البر هو: يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر النمريّ القرطبيّ المالكيّ، أبو عمر: من كبار حفاظ الحديث، مؤرخ، أديب، بحاثة. يقال له: حافظ المغرب. ولد بقرطبة ٣٦٨هـ، ورحل رحلات طويلة في غربي الأندلس وشرقيها. وولي قضاء لشبونة وشنترين، كان إمامًا ديِّنا ثقة متقنًا علامة متبحرًا صاحب سنة واتباع، وكان أولا أثريًّا ظاهريّا فيما قيل، ثم تحول مالكيًّا مع ميل بيّن إلى فقه الشافعيّ في مسائل ولا ينكر له ذلك. وتوفي بشاطبة سنة ٤٦٣هـ، انظر: سير أعلام النبلاء ١٥٧/١٨.

(٢) انظر: المجموع للنوويّ ١٧٩/٩-١٨٥، ومغني المحتاج للشربينيّ ٤٠٧/٢، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٨٢/١١، وكشاف القناع للبهوتيّ ٢٠٠/٣.

حديث ابن عمر السابق. قال ابن قدامة: "لا خلاف في أن البيع يلزم بعد التفرق، ما لم يكن سبب يقتضي جوازه" [١].

سبب الاستثناء:

النص، وهو حديث ابن عمر الذي استدل به جميع الفقهاء، وهو نص في المسألة.

كما يمكن عَدّ المصلحة سببًا آخر للاستثناء؛ لأن جعل العقد معلقًا فيه ضرر على المتعاقدين جميعًا [٢]، فضبطه بالتفرق فيه مصلحة لهما بلزوم العقد وترتب أثره عليه، كما أن فيه قطعًا للنزاع بينهما.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة الكبرى: "المشقة تجلب التيسير"؛ لأن في تعليق العقد وإطالة أمده مشقة على المتعاقدين، والشريعة إنما جاءت للتيسير على المكلفين ونفي الحرج والمشقة عنهم، لا سيما أن هذه المشقة عامة؛ لأن البيع والشراء حاجة عامة، واعتبار المشقة فيهما أمر لا يمكن إغفاله [٣].

الصورة الثانية–التخاير: والمراد به: اختيار المتعاقدين لزوم العقد في المجلس بأن يقولا: اخترنا لزوم العقد، أو أمضيناه، أو ألزمناه [٤]، فقد اختلف العلماء في هذه الصورة هل يبطل الخيار فيها أو لا؟ على قولين:

القول الأول–وهو مذهب الشافعيّة والمشهور من مذهب الحنابلة أن التخاير يُبطل الخيار [٥].

---

(١) المغني ٤٩٤/٣، وقد سبقت ترجمة ابن قدامة.

(٢) انظر: فتح الباري لابن حجر ٣٣٢/٤.

(٣) المنثور للزركشيّ ١٦٩/٣.

(٤) المغني لابن قدامة ٤٨٦/٣.

(٥) انظر: مغني المحتاج للشربينيّ ٤٠٧/٢، والمغني لابن قدامة ٤٨٦/٣.

القول الثاني–وهو رواية عن الإمام أحمد وهو عدم إبطال الخيار بالتخاير، بل يمتد الخيار إلى التفرق بالأبدان [١].

أدلة القول الأول:

١–ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال: «إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعا، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن يتبايعا ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع» [٢] وهو ظاهر في لزوم البيع بالتخاير [٣].

اعترض عليه من وجهين:

الوجه الأول–أن التخاير لم يرد إلا في حديث ابن عمر، وأكثر الروايات ليس فيها ذكر التخاير[٤].

الجواب عنه من وجهين:

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٤٨٦/٣، والإنصاف للمرداويّ مع المقنع والشرح الكبير ٢٨٣/١١.

(٢) أخرجه البخاريّ في كتاب البيوع، باب إذا خير أحدهما صاحبه بعد البيع فقد وجب البيع ٦٤/٣ برقم (٢١١٢) وأخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ١١٦٣/٣ برقم (١٥٣١). كلها من طريق قتيبة عن الليث عن نافع عن ابن عمر.

(٣) انظر: فتح الباري لابن حجر ٣٣٠/٤–٣٣٣. وحمل الحديث على التخاير الذي بيناه هو رأي جمهور العلماء كما ذكر ابن حجر.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٤٨٥/٣.

أولًا–لا نسلم أن التخاير لم يرد إلا في حديث ابن عمر، فقد رواه أبو هريرة [1] وابن عباس [2] وجابر بن عبد الله [3]، فهذه الأحاديث وإن كانت لا تخلو من ضعف إلا أنها بمجموعها تشهد لحديث ابن عمر المتفق على صحته على جواز التخاير في مجلس العقد.

ثانيًا–سلمنا جدلًا انفراد رواية ابن عمر للتخاير، فإن انفراده ليس كافيًا في رد روايته، والشذوذ وزيادة الثقة لا تعتبران في زيادة بعض الصحابة ﷺ على بعض، وإنما يعتبران في زيادة من يروي عنهم من التابعيّن فمن بعدهم، ولم ينفرد نافع [4] بروايته عن ابن عمر حتى يقال: لا يقبل ما تفرد به نافع، فقد رواه عن ابن عمر، نافع [5]، وعبد الله ابن دينار [1]، وروايتهما في الصحيحين؛ ولذلك

---

(١) روى أبو داود الطيالسيّ في مسنده قال: حدثنا يونس، حدثنا أيوب بن عتبة، عن أبي كثير الغبري عن أبي هريرة، قال: قال رسول الله ﷺ : «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يكون بيعهما خيارًا». ٢٩٥/٤ برقم (٢٦٩١) والحديث ضعيف؛ لضعف أيوب بن عتبة، قال أحمد: "مضطرب الحديث عن يحيى ابن أبي كثير وفي غير يحيى على ذاك"، وقال فيه يحيى بن معين: "ليس بشيء"، الجرح والتعديل لابن أبي حاتم ٢٥٣/٢. وقال عنه أبو زرعة: "ضعيف". الضعفاء لأبي زرعة ٥٤٩/٢.

(٢) روى أبو داود الطيالسيّ في مسنده قال: حدثنا سليمان بن معاذ، عن سِمَاكٍ، عن عِكْرِمَةَ، عن ابن عباس، أن النبيّ ﷺ بايع رجلًا، فلما بايعه قال: «اخْتَرْ» ثم قال رسول الله ﷺ: «هكذا البيعُ».٣٩٨/٤ برقم (٢٧٩٧)، وسليمان بن معاذ ضعيف، قال عنه ابن معين: "ليس بشيء". الضعفاء الكبير للعقيليّ ٤٣٦/٢، وقال ابن القيسراني في ذخيرة الحفاظ: "في حديثه نكره" ٢٤٦٨/٤، وقال عنه ابن القطان في بيان الوهم والإيهام: "ضعيف" ٥٢٤/٥.وقال عنه ابن حجر في التقريب: "سيء الحفظ" ٢٥٣/١.

(٣) روى ابن ماجه في سننه قال: حدثنا حرملة بن يحيى، وأحمد بن عيسى المصريّانِ، قالا: حدثنا عبد الله بن وهب قال: أخبرني ابن جُرَيْجٍ، عن أبي الزبير، عن جابر بن عبد الله، قال: اشترى رسول الله ﷺ من رجل من الأعراب حِمْلَ خَبَطٍ، فلما وجب البيع، قال رسول الله ﷺ: «اخْتَرْ»، فقال الأعرابي: عَمْرَكَ اللَّهَ بَيِّعًا. انظر السنن كتاب التجارات، باب بيع الخيار ٧٣٦/٢ برقم (٢١٨٤)، وأخرجه الترمذيّ في البيوع ٥٤٣/٣ برقم (١٢٤٩) وقال حديث صحيح غريب، وأخرجه الحاكم في المستدرك في كتاب البيوع ٥٦/٢ برقم (٢٣٠٦) وقال: "هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يُخرِّجاه".

(٤) هو أبو عبد الله نافع المدنيّ الإمام، المفتي، الثَّبْت، عالم المدينة، وهو من أئمة التابعيّن، كان كثير الرواية للحديث، ثقة، لا يعرف له خطأ في جميع ما رواه، وهو فارسيّ الأصل على الأرجح، أصابه عبد الله بن عمر صغيرًا في بعض مغازيه، ونشأ في المدينة، وأرسله عمر بن عبد العزيز إلى مصر ليعلم أهلها السنن، توفي سَنَةَ سَبْعَ عَشْرَةَ وَمئة. انظر السير للذهبيّ ٩٥/٥–١٠١.

(٥) أخرجه البخاريّ في كتاب البيوع، باب إذا لم يوقت في الخيار هل يجوز البيع ٦٤/٣ برقم (٢١٠٩)، وأخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ١١٦٣/٣ برقم (١٥٣١).

يقول ابن حجر: "الذي يبحث فيه أهل الحديث في هذه المسألة إنما هو في زيادة بعض الرواة من التابعيّن فمن بعدهم، أما الزيادة الحاصلة على صحابيّ آخر إذا صح السند إليه فلا يختلفون في قبولها" (٢).

الوجه الثاني–أن المراد بقوله: «أو يخير أحدهما الآخر»: أي فيشترطا الخيار مدة معينة، فلا ينقضي الخيار بالتفرق، بل يبقى حتى تمضي المدة (٣).

يجاب عنه: أن حمل الحديث على التخاير هو أقرب من تفسيرهم؛ لأنه أقل في الإضمار (٤)، قال ابن حجر: "وقد اختلف العلماء في المراد بقوله في حديث مالك «إلا بيع الخيار» فقال الجمهور وبه جزم الشافعيّ: هو استثناء من امتداد الخيار إلى التفرق، والمراد أنهما إن اختارا إمضاء البيع قبل التفرق لزم البيع حينئذ وبطل اعتبار التفرق، فالتقدير إلا البيع الذي جرى فيه التخاير"، ثم قال: "ورواية الليث ظاهرة جدا في ترجيحه" (٥)، وقال النوويّ: "واتفق أصحابنا على ترجيح القول الأول –وهو التخيير بعد تمام العقد قبل مفارقة المجلس–وهو المنصوص للشافعيّ ونقلوه عنه، وأبطل كثير منهم ما سواه، وغلطوا قائله" (٦).

٢–ولأن الخيار حق للعاقدين، فإذا اختار العاقدان إمضاء البيع، وإسقاط الخيار بطل خيارهما ولزم البيع؛ لأن الحق لا يعدوهما.

---

(١) أخرجه البخاريّ في البيوع، باب إذا كان البائع بالخيار هل يجوز البيع ٦٤/٣ برقم (٢١١٣)، وأخرجه مسلم في البيوع، باب ثبوت خيار المجلس للمتبايعين ١١٦٤/٣ برقم (١٥٣١). وابن دينار هو: الإمام، المُحَدِّثُ، الحُجَّةُ، عبد الله بن دينار أبو عبد الرحمن العدويّ، العُمَرِيُّ مولاهم، المدنيّ، وقد وَثَّقَهُ: جماعة، حدَّث بنحو مئتي حديث، تُوُفِّيَ سنة سبع وعشرين ومئة. سير أعلام النبلاء للذهبيّ ٢٥٤/٥–٢٥٥.

(٢) النكت على كتاب ابن الصلاح ٦٩١/٢–٦٩٢. وقد سبقت ترجمة ابن حجر.

(٣) نيل الأوطار للشوكانيّ ٢٢٢/٥.

(٤) انظر: نيل الأوطار للشوكانيّ ٢٢٢/٥.

(٥) فتح الباري ٣٣٣/٤. والليث هو: الإمام، الحافظ، شيخ الإسلام، وعالم الديار المصريّة، اللَّيث بن سعد بن عبد الرحمن الفَهْمِيّ، أبو الحارث الفَهْمِيُّ، وُلِدَ في سنة أربع وتسعين بقرية قَرْقَشَنْدَةَ بمصر، رَوَى عنه خلق كثير، وقد رَوَى اللَّيثُ إسنادًا عاليًا في زمانه، توفي سنة خمس وسبعين ومئة. انظر: سير أعلام النبلاء ١٣٦/٨ وما بعدها.

(٦) شرح مسلم ١٠–١٧٤، وسبقت ترجمة النوويّ.

دليل القول الثاني:

١-استدلوا بمجموع الأحاديث التي فيها أن المتبايعين بالخيار ما لم يتفرقا، من غير تقييد، ولا تخصيص، وأصحها ما جاء مرفوعا إلى حكيم بن حزام ﵁، قال: قال رسول الله ﷺ: «البيعان بالخيار ما لم يتفرقا -أو قال: حتى يتفرقا-فإن صدقا وبيَّنا بورك لهما في بيعهما، وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما»[١]. وأكثر الروايات هكذا من دون ذكر التخاير.

وقد سبق الجواب على استدلالهم باعتراضهم على الدليل الأول لأصحاب القول الأول.

الراجح:

يترجح -والله أعلم-القول الأول وهو إبطال الخيار بالتخاير ويكون الاستثناء صحيحًا؛ لأن فيه جمعًا بين الأدلة، ولمناقشتهم دليل القول الثاني بما لا يدع فيه مستمسكًا.

سبب الاستثناء:

النص، وهو يتضح بمجموع النصوص التي ورد فيها ذكر التخاير.

ويمكن عَدُّ المصلحة سببًا آخر للاستثناء؛ لأن اعتبار التفرق بالبدن إنما هو لمصلحة العاقدين للتأكد من تمام الرضا [٢]، فإذا تخايرا بينهما قبل الافتراق كان تعليق العقد إلى الافتراق لا حاجة منه وتعطيل لهما؛ لأن لزوم العقد بالتخاير له مصلحة للمتعاقدين بترتب أثر العقد عليه.

الصورة الثالثة-إسقاط الخيار ابتداءً: وتسمى هذه المسألة التبايع بشرط نفي الخيار، وقد اختلف القائلون بخيار المجلس في هذه المسألة على قولين:

---

(١) أخرجه البخاريّ في كتاب البيوع، باب إذا بيّن البيعان ولم يكتما ونصحا ٥٨/٣ برقم (٢٠٧٩)، وأخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب الصدق في البيع والبيان ١١٦٤/٣ برقم (١٥٣٢).

(٢) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم ١٣٠/٣.

القول الأول–وهو قولٌ عند الشافعيّة [1]، والمشهور عند الحنابلة [2]، وهو إسقاط الخيار لمن أسقطه ابتداءً.

القول الثاني–ذهب الشافعيّة إلى أن إسقاط الخيار ابتداءً لا يسقط الخيار، وهم مختلفون في بطلان البيع على قولين، والصحيح بطلانه [3].

أدلة القول الأول:

١–ما جاء في الحديث السابق عن ابن عمر رضي الله عنهما، أن رسول الله ﷺ قال: «إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعا، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع...»[4] فهو وإن كان المراد به التخاير في المجلس، فهو عام يشمله ويشمل التخاير في ابتداء العقد، فهما في حكم واحد؛ لأن ما أثَّر في الخيار في المجلس أثَّر فيه مقارنًا للعقد، فكما يكون للعاقد التنازل عن الخيار بعد استحقاقه، فله التنازل عنه قبيل التعاقد، قياسًا على خيار الشرط في جواز إخلاء العقد منهما.

٢–أن خيار المجلس حق للعاقدين، فإذا تراضيا على إسقاطه سقط [5].

دليل القول الثاني:

١–لأنه إسقاط للحق قبل سببه، فلم يجز، كخيار الشفعة [6].

---

(١) انظر: الوسيط للغزاليّ ٩٩/٣–١٠٠، والمجموع للنوويّ ١٧٩/٩، وروضة الطالبين له أيضًا ٤٣٨/٣.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٤٨٦/٣، وكشاف القناع للبهوتيّ ٢٠٠/٣.

(٣) انظر: المجموع للنوويّ ١٧٩/٩.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة ٤٨٦/٣، والخيار وأثره في العقود لأبي غده ص١٦٨.

(٦) انظر: المجموع للنوويّ ١٧٩/٩

يجاب عنه: أننا لا نسلم بأن سبب الخيار هو البيع مع التخاير، بل سببه البيع المطلق، ثم لو ثبت أنه سبب الخيار، لكن المانع مقارن له–وهو الإسقاط–فلم يثبت حكمه، وأما الشفيع، فإنه أجنبيّ من العقد، فلم يصح اشتراط إسقاط خياره في العقد، بخلاف مسألتنا (١).

الراجح:

يترجح –والله أعلم–القول الأول وهو جواز اشتراط إسقاط الخيار، وهو يتمشى مع القواعد بأن الأصل في الشروط الصحة والجواز إلا ما ثبت النهي عن اشتراطه، أو كان اشتراطه يؤدي إلى الوقوع في محذور شرعيّ، ولا محذور هنا، فيكون الاستثناء صحيحًا.

سبب الاستثناء:

النص، وهو حديث ابن عمر السابق بوصفه عامًّا يشمل ما كان قبيل العقد وما كان مقارنًا له.

كما يُعَدّ القياس سببًا ثانيًا للاستثناء، وهو قياس إسقاط خيار المجلس ابتداءً على خيار الشرط في جواز إخلاء العقد عنه.

الصورة الرابعة–موت أحد العاقدين: اختلف الفقهاء في بطلان خيار من مات من العاقدين قبل التفرق على قولين:

القول الأول–وهو المذهب عند الشافعيّة (٢)، وقول في مذهب الحنابلة (٣)، وهو انتقال الخيار بالموت إلى الوارث.

القول الثاني–وهو قول في مذهب الشافعيّة (٤)، والمشهور من مذهب الحنابلة (٥)،

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٤٨٦/٣، وشرح منتهى الإرادات للبهوتيّ ٣٦/٢.

(٢) انظر: الوسيط للغزاليّ ١٠٤/٣، وروضة الطالبين للنوويّ ٤٤١/٣.

(٣) انظر: الإنصاف للمرداويّ مع المقنع والشرح الكبير ٢٧٥/١١.

(٤) انظر: روضة الطالبين للنوويّ ٤٤١/٣.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة٤٨٦/٣، وشرح منتهى الإرادات للبهوتيّ ٣٧/٢، وكشاف القناع له أيضًا ٢١٠/٣.

وهو سقوط الخيار بالموت ولزوم البيع [١].

أدلة القول الأول:

١-لأنه حق أعطاه الشارع لكل واحد من المتعاقدين ما داما في المجلس، والحقوق تورث كما يورث المال لعموم قوله تعالى: ﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾ [٢] فهي تشمل كل متروكاته من أعيان أو منافع أو حقوق [٣]، بدليل قول النبيّ ﷺ: «من ترك مالا فلورثته» [٤]، قال في فيض القدير: "«ومن ترك مالا» يعني حقًا، فذكر المال غالبيّ؛ إذ الحقوق تورث كالمال" [٥].

٢-قياس خيار المجلس على خيار العيب، فكلاهما حق لازم ثابت في البيع بحكم الشرع، ولا خلاف في انتقال خيار العيب بالموت، فكذلك خيار المجلس.

٣-القياس على خيار الشرط، فكما أن خيار الشرط يورث، فكذلك خيار المجلس [٦].

أدلة القول الثاني:

١-لأن خيار المجلس يبطل بالتفرق، والتفرق بالموت أعظم الفرقتين [٧].

---

(١) واستثنى الحنابلة حالة واحدة وهي ما إذا كان الميت طالب به قبل موته، فحينئذٍ يورث الخيار قياسًا على الشفعة وحد القذف، قال أحمد: "الموت يبطل به ثلاثة أشياء: الشُّفْعَةُ، وَالْحَدُّ إذا مات المقذوف، والخيار إذا مات الذي اشترط الخيار لم تكن لِلورثة، هَذه الثلاثة أشياء إنَّما هي بالطَّلب، فإذا لم يطلب فليس يجب، إلا أن يشهد أَنِّي عَلَى حَقِّي من كذا أو كذا، أو أَنِّي قد طلبته، فإن مات بعده؛ كان لوارِثِهِ الطَّلَبُ به". انظر: المغني لابن قدامة ٢٧٩/٥، والمبدع لابن مفلح ٧٥/٤.

(٢) سورة النساء: الآية ١٢.

(٣) المنثور للزركشيّ ٥٥/٢.

(٤) أخرجه البخاريّ في كتاب الكفالة، باب الدين ٩٧/٣ برقم (٢٢٩٨)، وأخرجه مسلم في كتاب الفرائض، باب من ترك مالًا فلورثته ١٢٣٧/٣ برقم (١٦١٩) من حديث أبي هريرة.

(٥) فيض القدير للمناويّ ٤٨/٣.

(٦) انظر: الوسيط للغزاليّ ١٠٥/٣، والمجموع للنوويّ ٢٠٦/٩.

(٧) المغني لابن قدامة ٤٨٥/٣.

٢-ولأنه حق فسخ لا يجوز الاعتياض عنه، فلم يورث كخيار الرجوع في الهبة [١].

٣-ولأن الرغبة في المبيع وعدمها لا تعلم إلا من جهته كعلمه وقدرته، وانتقال ذلك إلى الوارث لا يتصور [٢].

الراجح:

المسألة تتجاذبها أدلة الفريقين لعدم وجود نص في المسألة، لكن النفس تطمئن إلى القول الأول بالنظر إلى عمومات النصوص التي استدلوا بها، والنفس تركن إلى النصوص ما لا تركن إلى غيرها، وبناء على ذلك يكون الاستثناء غير صحيح على الراجح.

سبب الاستثناء:

النص، وهو يتضح بعموم النصوص التي استدل بها أصحاب القول الأول.

كما يُعَدّ القياس سببًا ثانيًا للاستثناء، وهو ظاهر بقياسهم خيار المجلس على خيار العيب والشرط في انتقاله إلى الورثة بالموت.

الصورة الخامسة-التصرف في المبيع زمن الخيار: اختلف القائلون بخيار المجلس في التصرف في المبيع زمن الخيار هل يبطل الخيار أو لا؟ على قولين:

القول الأول-وهو مذهب الحنابلة، وهو التفريق بين تصرف المشتري وتصرف البائع على النحو الآتي:

إذا تصرف المشتري تصرفًا يختص بالملك كوقف المبيع، وركوب الدابة لحاجته أو سفره، أو سكنى الدار، فهذا يبطل الخيار؛ لأن الخيار يبطل بالتصريح بالرضا وبدلالته، أما إذا كان التصرف اختبارًا للمبيع، كركوب الدابة لينظر سيرها، وحلب الشاة ليعلم قدر لبنها، فهذا لا يبطل به الخيار؛

---

(١) المبدع لابن مفلح ٧٥/٤، وكشاف القناع للبهوتيّ ٢١٠/٣.

(٢) انظر: الفروع لابن مفلح ٢٢٦/٦، وشرح منتهى الإرادات للبهوتيّ ٣٧/٢، والخيار وأثره في العقود لأبي غده ص١٧١.

لأن ذلك هو مقصود الخيار وهو اختبار المبيع. أما البائع فإذا تصرف في المبيع بما يفتقر إلى الملك كان ذلك فسخًا للبيع؛ لأن تصرفه في المبيع اختيار له [1].

القول الثاني–وهو الراجح من مذهب الشافعيّة، وهو أن التصرف في المبيع زمن الخيار لا يقطع الخيار [2]، ولم أجد من استدل له، لكن قد يستدل له عن طريق قاعدة الشافعيّة في العقود وهي أن الرضا فيها لا يتبين إلا بالتصريح؛ ولذلك فإن التصرف في المبيع زمن الخيار ليس كافيًا في الدلالة على الرضا؛ ومِنْ ثَمَّ لم يكن مؤثرًا في إبطال الخيار، وهذا تخريج على قولهم في بيع المعاطاة [3].

الراجح:

يترجح –والله أعلم–القول الأول وهو التفريق بين تصرف البائع والمشتري والتفريق بين التصرف الذي يختص بالملك والتصرف الذي يقصد منه اختبار المبيع؛ لأن الرضا يستدل عليه بصريح القول وما يدل عليه من الأفعال والتصرفات، وحصره بالقول تحكم لا دليل عليه، بل الدليل على عدم الحصر، والعبرة في العقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني [4].

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أن العقود مبناها على الرضا؛ ولذلك فإن كل تصرف لا يدل عليه فإن مصلحة العاقدين تقتضي عدم اعتبار هذا الصرف، ومن ذلك تصرف المشتري لتجربة المبيع؛ لأن في اعتباره إبطال للخيار وتضييق على المتعاقدين في حين لم يتحقق الرضا الذي بنيت عليه

---

(١) وعن أحمد رواية أخرى فيما إذا تصرف البائع في المبيع بما يفتقر إلى الملك أن البيع لا ينفسخ؛ لأن الملك انتقل عنه، فلم يكن تصرفه استرجاعًا له، كمن وجد ماله عند مفلس فتصرف فيه. انظر: المغني لابن قدامة ٣٨٧/٣–٣٨٨، والشرح الكبير لأبي الفرج ابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣١٧/١١–٣١٨، وشرح منتهى الإرادات للبهوتيّ ٤٠/٢.

(٢) انظر: الوسيط للغزاليّ ١١٧/٣–١١٨، والمجموع للنوويّ ٢٢٤/٩، وحاشية الشروانيّ والعباديّ على تحفة المحتاج ٣٣٧/٤، ونهاية المحتاج للرمليّ ٧/٤، وحاشية الجمل ١١٨/٣.

(٣) انظر: المجموع للنوويّ ١٧٤/٩، ومغني المحتاج للشربينيّ ٥/٢.

(٤) انظر: شرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ٥٥/١.

العقود، وفي المقابل فإن التصرف الذي يدل على الرضا وهو التصرف الذي يختص بالملك فإنه دالّ على الرضا وتقتضي مصلحة العاقدين اعتباره والعمل بمقتضاه.

القاعدة الفقهيّة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "الْعبْرَة فِي الْعُقُود للمقاصد والمعاني لَا للألفاظ والمباني" المتفرعة عن القاعدة الفقهيّة الكبرى: "الأمور بمقاصدها"، وذلك واضح جلي في تفريقهم بين حكم تصرف المشتري في المبيع بغرض التجربة وبين التصرف المختص بالملك، فالتصرف الأول يبطل الخيار والثاني لا يبطله لاختلاف القصد في التصرفين، "وقاعدة الشريعة التي لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة في التصرفات والعبارات كما هي معتبرة في التقربات والعبادات؛ فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشيء حلالًا أوْ حرامًا، وصحيحًا أو فاسدًا، وطاعة أو معصية، كما أن القصد في العبادة يجعلها واجبة أو مستحبة أو محرمة أو صحيحة أو فاسدة، ودلائل هذه القاعدة تَفُوتُ الحَصْرَ" [(١)].

---

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ٧٩/٣، وانظر: شرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ٥٥/١.

المطلب الثاني

استثناء تعذر رد المبيع من عدم جواز أخذ الأرش في المعيب إذا لم يعلم عيبه

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم أخذ الأرش [1] لمن اشترى معيبًا لم يعلم عيبه:

تحرير محل النزاع:

١–إذا رضي الطرفان بالإمساك مع الأرش فيجوز عند الفقهاء عامة [2].

٢–إذا اختار المشتري الإمساك مع الأرش، ولم يرضَ البائع بذلك، فهو محل الخلاف هنا؛ إذ اختلف العلماء فيه على ثلاثة أقوال:

القول الأول–وهو مذهب أبي حنيفة [3] والشافعيّ [4]، ورواية عند الحنابلة اختارها شيخ الإسلام ابن تيمية [5]، أن المشتري يُخيَّر بين الرد والإمساك بلا أرش.

القول الثاني–وذهب المالكيّة إلى التفريق بين الحيوان والعقار والعروض على التفصيل الآتي:

أ–فإن كان حيوانًا، فلا خلاف عندهم أن المشتري يخير بين الرد وبين الإمساك بلا أرش [6].

---

(١) ومعنى الأرش أن يُقَوَّم المبيع صحيحًا ثم يُقَوَّم معيبًا، فيؤخذ قسط ما بينهما من الثمن، مثاله: أن يُقَوَّم المبيع صحيحًا بعشرة ومعيبًا بتسعة، والثمن خمسة عشر، فقد نقصه العيب عُشْر قيمته، فيُرجع على البائع بعُشْر الثمن وهو درهم ونصف. المغني لابن قدامة ١١١/٤.

(٢) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ١٩٥/٣.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٢٨٧/٥–٢٨٨، وتبيين الحقائق للزيلعيّ مع حاشية الشلبيّ ٣١/٤.

(٤) انظر: روضة الطالبين للنوويّ ٤٧٨/٣، ونهاية المحتاج للرمليّ ٢٥/٤.

(٥) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٤٠/٢٩، والإنصاف للمرداويّ ٤١٠/٤. وقد سبقت ترجمة ابن تيمية.

(٦) ويستدلون على ذلك بما سيرد في أدلة القول الأول.

ب–وإن كان عقارًا فلا يخلو من ثلاث حالات:

(١) أن يكون العيب يسيرًا: فهذا لا يجب فيه الرد، ويجب للمشتري الأرش في المشهور عندهم، وقيل يرد به.

ودليلهم:

أولًا–أن اليسير في العقار لا يعيب إلا موضعه، ويُصْلَح ويزول، بحيث لا يبقى منه شيء بخلاف غيرها فيعيب جميعه.

ثانيًا–ولأنها لا تنفك عن عيب، فلو رد بيسير لأضر بالبائع وشوه عقاره ونقص بقيمته.

ثالثًا–ولأن الدور تشترى للقنية، فيتسامح في عيبها اليسير بخلاف غيرها.

(٢) أن يكون العيب متوسطًا: فهذا لا يرد به ويرجع بالأرش.

(٣) أن يكون العيب كثيرًا: فيُخير المشتري بين الرد وبين الإمساك مجانًا بلا أرش.

جـ–أما العروض فهي ترد بالعيب اليسير عندهم، ومن باب أولى أن تُرد بما فوقه، وقيل إن العروض كالدور في اليسير [(١)].

ونوقش تعليل المالكيّة بما يأتي:

١–أن تفريقهم لا دليل عليه، وهو يخالف قاعدة العيوب في المبيعات.

٢–أنهم تناقضوا فمرة أجازوه ومرة منعوه، وهذا سبيل القول المرجوح يحصل فيه اضطراب وتناقض.

٣–أن التعليل الذي ذكروه على التفريق لا يسلم به كله.

---

(١) انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد ١٠١/٢، وبداية المجتهد لابن رشد الحفيد ١٩٥/٣، والتاج والإكليل للمواق ٣٤٤/٦–٣٤٧، ومواهب الجليل للحطاب ٤٣٥/٤.

القول الثالث: وهو المشهور من مذهب الحنابلة ومن مفرداتهم، وهو تخيير المشتري بين الرد وبين الإمساك مع الأرش ما لم يفضي إلى الربا فيمسك مجانًا [١].

أدلة القول الأول:

١-القياس على المصراة [٢]؛ إذ خُير فيها بين الإمساك من غير أرش، أو الرد [٣].

نوقش من وجهين:

الوجه الأول-أنه قياس مع الفارق؛ لأن المصراة حدث فيها عيب عند المشتري حيث استهلك لبنها، فكأنه أخذ أرش المعيب، بخلاف مسألتنا.

الوجه الثاني-ثم إن المصراة ليس فيها عيب، وإنما ثبت الخيار للتدليس والكذب والغش، وهذا نوع آخر من الخيار [٤].

٢-أن البيع مبنيّ على التراضي، وقد لا يرضى البائع بذلك، ومال المسلم لا يحل إلا بطيب نفس منه، والأرش بمنزلة العقد الجديد؛ لأنه معاوضة عن الجزء الفائت فيفتقر إلى الرضا [٥].

٣-أن في هذا القول دفعًا للضرر عن الجانبيّن، والضرر يزال، فهو دفع للضرر عن البائع بعدم إلزامه ما لا يريد، ودفع للضرر عن المشتري بتخييره بين الرد والإمساك، بخلاف القول الآخر فهو إضرار بأحد الطرفين من دون الآخر [٦].

---

(١) انظر: كشاف القناع للبهوتيّ ٢١٨/٣، والمنح الشافيات للبهوتيّ أيضًا ٤١١/١، ومطالب أولي النهى لابن عبده ١١٢/٣.

(٢) وهو ثابت من حديث أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «من اشترى شاة مصراة فهو بخير النظريّن، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعا من تمر، لا سمراء». أخرجه البخاريّ في كتاب البيوع، باب النهي للبائع ألا يحفل الإبل والبقر والغنم وكل محفلة ٧٠/٣ برقم (٢١٤٩)، وأخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب حكم بيع المصراة ١١٥٩/٣ برقم (١٥٢٤) واللفظ لمسلم.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٢٨٧/٥-٢٨٨، وروضة الطالبين للنوويّ ٣٤٧٨.

(٤) انظر/ المغني لابن قدامة ١٠٣/٤، والمبدع لابن مفلح ٨٩/٤.

(٥) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٣٤٢/٢٩-٣٤٣.

(٦) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ مع حاشية الشلبيّ ٣١/٤، والبحر الرائق لابن نجيم ٣٩/٦.

٤-أن الأرش إنما يثبت فيما لا يمكن تداركه كما لو تلفت العين، أما في حال عدم تلفها فيمكن تدارك الثمن ورد العين، فلا حاجة للأرش؛ لئلا يكون من أكل المال بالباطل [(١)].

٥-أن وصف الصحة والسلامة أعراض وأوصاف تابعة للمبيع، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن على وجه الانفراد، لكونها تابعة للمبيع، والتابع تابع، ولا يفرد بالحكم، والثمن عين لا يُقابل إلا بمثله، فلهذا لا يستحق الأرش على العيب [(٢)].

٦-أن الرد هو الأصل، والأرش بدل عنه، ولا يصار للبدل مع وجود المبدل [(٣)].

اعتراض:

أن الأصل في المعاملات اللزوم وعدم الرد إلا إذا امتنع الرد فيصار إلى الأرش.

يجاب عنه:

أنه بظهور العيب تبين أن العقد لم يكن لازمًا لثبوت خيار العيب [(٤)].

أدلة القول الثالث:

١-أنه ظهر على عيب لم يعلم به، فكان له الأرش، كما لو تعيب عنده فإنه يدفع أرشه، فكذلك إذا ظهر به عيب دفع البائع الأرش [(٥)].

يناقش من وجهين:

الوجه الأول-أنه قياس مع الفارق؛ لأن البائع قد لا يرضى بذلك، والبيع مبنيّ على التراضي.

الوجه الثاني-أنه قياس مع الفارق أيضًا من جهة تعذر الرد في المقيس عليه بخلاف مسألتنا.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٢٨٩/٥.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٣٥٦/٦، والبحر الرائق لابن نجيم ٣٩/٦.

(٣) الأرش وأحكامه للعبيديّ ٥٠/١.

(٤) انظر: القواعد لابن رجب ١٩٩/١.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة ١١١/٤.

٢–ولأنه فات عليه جزء من المبيع؛ وهو [١] مضمون على المشتري بثمنه، ففوات جزء منه يسقط عنه ضمان ما قابله من الثمن، فكان له المطالبة بعوضه، كما لو اشترى عشرة أقفزة، فبانت تسعة[٢].

يناقش: بعدم التسليم؛ لأن الصفات أعراض، والثمن عين فلا يقابلها [٣].

٣–أن الأصل في المعاملات الصحة واللزوم في حق المتعاقدين، وظهور العيب لا يعطي البائع الحق في الفسخ إلا برضاهما، وإذا لم يرض المشتري بقي على لزومه، وإذا لزم فيلزم تعويضه عن النقص الحاصل، دفعًا للضرر عنه [٤].

يناقش من وجهين:

الوجه الأول–أنه بظهور العيب تبين أن العقد ليس بلازم؛ لثبوت خيار العيب للطرفين، فيجوز لهما الإمضاء أو الفسخ.

الوجه الثاني–أن دفع الضرر عن أحدهما لا يتحقق بإيقاع الضرر على الآخر بإلزامه بالأرش، والعدل أن يُدفع الضرر عن الطرفين بتخييرهما بين الرد أو الإمساك بلا أرش [٥].

الراجح:

يترجح –والله أعلم–القول الأول؛ لقوة أدلتهم، ومناقشتهم أدلة المخالفين، ولقربه من الأصل العظيم للعقود وهو التراضي، ولاتفاقه مع قاعدة الضرر يزال؛ لأن فيه دفعًا للضرر عن البائع والمشتري معًا.

---

(١) أي: المبيع.

(٢) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٧٧/١١، والمبدع لابن مفلح ٨٧/٤.

(٣) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٣٥٦/٦، والبحر الرائق لابن نجيم ٣٩/٦.

(٤) انظر: الأرش وأحكامه للعبيديّ ٤٨/١.

(٥) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٣٥٦/٦.

وسبب الخلاف في المسألة –والله أعلم–هو:

هل بظهور العيب تبين أن العقد لازم للطرفين جميعًا أو غير لازم لهما جميعًا، أو لازم لأحدهما –هو من تبين أن العيب في عوضه–من دون الآخر.

أما الاحتمال الأول–وهو كونه لازمًا لهما جميعًا فهو غير وارد؛ لأن العيب يثبت به الخيار بلا خلاف [1].

وأما الاحتمال الثاني–وهو أنه غير لازم لهما جميعًا، فهو منحى أصحاب القول الأول.

وأما الاحتمال الثالث–وهو لزومه لمن كان العيب في عوضه –ثمنًا كان أو مثمنًا–وعدم لزومه للطرف الآخر فهذا منحى أصحاب القول الثالث.

ولعل من أسباب الخلاف أيضًا: الخلاف في الرد بالعيب هل هو رفع للعقد من أصله، أو من حينه؟ قولان للعلماء [2].

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء تعذر رد المبيع:

يرد هذا الاستثناء على قول الحنفيّة والشافعيّة القائلين بتخيير المشتري بين الرد والإمساك إذا وجد في المبيع عيبًا لا يعلمه، واستثنوا ما إذا تعذر رد المبيع لفواته بموت أو تلف، فأجازوا للمشتري أخذ أرش النقص من البائع، وأهل العلم متفقون على هذه الصورة، وهو استثناء باعتبار قول الحنفيّة والشافعيّة في المسألة السابقة [3]، ودليلهم على ذلك أن حق الرجوع بالنقصان

---

(١) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ١٩١/٣.

(٢) انظر: القواعد لابن رجب ١٦٨/١.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٥٢٨٣، وتبيين الحقائق للزيلعيّ مع حاشية الشلبيّ ٣٥/٤، والبحر الرائق لابن نجيم ٥٨/٦، ومواهب الجليل للحطاب ٤٤٣/٤، وحاشية الدسوقيّ ١٢٤/٣، وروضة الطالبين للنوويّ ٤٧٤/٣، والمغني لابن قدامة ١٢٣/٤، والمحرر لمجد الدين ابن تيمية ٣٢٥/١.

هو كالخُلْف عن الرد، فإذا تعذر الرد وهو الأصل، فإنه يصار إلى البدل وهو الأرش [١]؛ وبهذا يكون الاستثناء صحيح باتفاق أهل العلم.

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أن تعذر رد المبيع إنما يكون لسبب يمنع رده كموت المبيع أو تلفه، وفي هذه الحالة يكون رده إضرارًا بالبائع، وفي إمساك المشتري للمبيع بلا أرش ضرر عليه أيضًا، فجاءت الشريعة لترفع الضرر عن جميعهم بما يكفل مصلحة العاقدين، فيُعوض المشتري بقدر العيب الذي في المبيع.

القاعدة الفقهيّة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار" فالشريعة رفعت الضرر عن البائع بعدم إلزامه بقبول المبيع المعيب التالف، ورفعت الضرر عن المشتري بعدم إلزامه بإمساك المبيع المعيب التالف مجانًا، فجعلت للمشتري أرش النقص في المبيع يتحمله البائع تعويضًا عن العيب الذي في المبيع [٢].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٢٨٩/٥، والبحر الرائق لابن نجيم ٥٨/٦.

(٢) انظر: الموافقات للشاطبيّ ١٨٥/٣، وشرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ١٦٥/١.

المبحث الخامس

المستثنيات في باب الربا والصرف

وفيه مطلب واحد هو:

استثناء بيع العرايا من النهي عن بيع المزابنة، وفيه فرعان:

الفرع الأول–تعريف المزابنة وبيان حكمها:

أصل المزابنة في اللغة من الزبن وهو الدفع، يُقال: حرب زبون أي يدفع بعضها بعضًا كثرة، ورجل ذو زَبُّونة إذا كان مانعًا لجانبه دفوعًا عن نفسه [١]، ومنه الزبانية الذين يدفعون بأهل النار إلى النار.

وفي اصطلاح الفقهاء: عرفها الحنفيّة: بأنها بيع الثمر على رؤوس النخل بالتمر خرصًا[٢]، وعند المالكيّة هي بيع مجهول بمعلوم أو مجهول من جنسه في الطعام وغيره [٣]،وعند بعضهم بيع الرطب بالتمر الجاف [٤]، وعند الشافعيّة هي بيع الرطب على النخل بتمر [٥]، وعند الحنابلة هي بيع الرطب على النخل بالتمر [٦]،وعلاقة المعنى اللغويّ بما عرفها الفقهاء أن كل واحد من المتبايعين المختلفين يريد دفع العقد عن نفسه لما فيه من الغبن [٧]، وهذه المعاني متقاربة فيما بينها إلا أن المالكيّة توسعوا قليلًا وجعلوها عامة لكل مجهول.

---

(١) انظر: مقاييس اللغة لابن فارس ص٤٤٧، والقاموس المحيط للفيروز آبادي ص٥٥٢، مادة (زبن) في الجميع.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٢/٤/ص١٨٨، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٣٦٨/٤.

(٣) بداية المجتهد ١٠٧/٢.

(٤) انظر الكافي لابن عبدالبر ص٣١٣، وبداية المجتهد ص٥٧٢.

(٥) مغني المحتاج ٤٧/٣.

(٦) الروض المربع ٥٠٩/٤، وانظر المغني ١٢١/٦.

(٧) مغني المحتاج للشربينيّ ٤٧/٣.

وقد اتفق الفقهاء على تحريم بيع المزابنة، ونقل الاتفاق على ذلك ابن المنذر وقال: "ولا أعلمهم يختلفون أن بيع ذلك-المزابنة-غير جائز، إلا شيئًا يُرْوى عن ابن عباس [١]، أنكره أحمد بن حنبل إلا في العرايا" [٢]، ووافقه على ذلك النوويّ [٣] [٤]، وشيخ الإسلام ابن تيمية [٥].

ونصوص المذاهب زاخرة بمثل ذلك، فقد جاء في الحاشية على تبيين الحقائق ما نصه: "لأن بيع المزابنة لا يجوز كيفما كان..."[٦]، وجاء في بداية المجتهد: "فعلى مذهب مالك الرخصة في العرية إنما هي في حق المعرِّى فقط، والرخصة فيها إنما هي استثناؤها من المزابنة وهي بيع الرطب بالتمر الجاف الذي ورد النهي عنه" [٧]، وقال في مغني المحتاج: "ولايصح...ولا الرطب على النخل بتمر وهو المزابنة" [٨]، وجاء في المغني: "ولنا أن النبيّ ﷺ نهى عن المزابنة..."[٩].

واستدلوا على التحريم بما يأتي:

١-ما جاء من حديث أبي سعيد الخدريّ أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة [١٠]، ومثله عن أبي هريرة وابن عباس وعبد الله بن عمر وجابر بن عبد الله ﷺ.

---

(١) سيأتي الكلام عليه.

(٢) الإشراف ٣١/٦، الإجماع ص٥٢.

(٣) انظر المنهاج للنوويّ ١٨٨/١٠.

(٤) هو أبو زكريا يحيى بن شرف بن مري بن حسن بن حسين بن حزام بن محمد بن جمعة النوويّ، ولد في المحرم سنة إحدى وثلاثين وستمئة بنوى، وكان إمامًا بارعًا حافظًا متقنًا أتقن علومًا شتى، وكان شديد الورع والزهد أمّارًا بالمعروف ناهيًا عن المنكر، تهابه الملوك، تاركًا لجميع ملاذ الدنيا ولم يتزوج، وولي مشيخة دار الحديث الأشرفية بعد أبي شامة فلم يتناول منها درهمًا. مات في رابع عشر من رجب سنة ست وسبعين وستمئة، انظر طبقات الشافعيّة الكبرى ج٨ ص٣٩٥-٣٩٦، وانظر طبقات الحفاظ ج١ ص ٥١٣.

(٥) انظر مجموع الفتاوى ٣٥٠/٢٠.

(٦) حاشية الشلبيّ على تبيين الحقائق ٣٦٩/٤.

(٧) بداية المجتهد لابن رشد ص٥٧٢.

(٨) مغني المحتاج للشربينيّ ٤٧/٣.

(٩) المغني لابن قدامة ١٢١/٦.

(١٠) متفق عليه واللفظ للبخاريّ، وقد أخرجه البخاريّ في كتاب البيوع وقول الله عزَّ وجلَّ: ﴿وأحل الله البيع﴾ باب بيع المزابنة ٧٦٣/٢ برقم ٢٠٧٤، وأخرجه مسلم في كتاب البيوع باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا برقم

٢–ولشبهة الربا؛ لأنه بيع مكيل بمكيل من جنسه، مع احتمال عدم المساواة بينهما بالكيل، بل صرح الشافعيّة أن ذلك ربا وهو مقتضى قاعدة الربا، وهي الجهل بالتساوي كالعلم بالتفاضل [١].

وأما ما جاء عن ابن عباس من عدم تحريمه للمزابنة **فيجاب عنه بأمرين:**

الأول–أن قول ابن عباس في المزابنة مبنيّ على قوله السابق في جواز ربا الفضل، وقد ثبت رجوعه عن قوله ذلك لما راجعه أبو سعيد الخدريّ [٢] ﵁ بل استغفر الله منه وعده ذنبًا أذنبه، وحكاه غير واحد من أهل العلم [٣].

الثاني–على فرض عدم ثبوت رجوع ابن عباس فإن إجماع التابعيّن ﵏ بعده يرفع قوله [٤].

الراجح: هو صحة الإجماع على تحريم المزابنة؛ وذلك لما أجبت عنه في مخالفة ابن عباس.

الفرع الثاني–تعريف العرايا والتحقيق في استثنائها

العَرِيَّةُ في اللغة: هي النخلة يُعْرِيها صاحبها رجلًا مُحتاجًا فيجعل له ثمرها عامًا فيَعْروها أي يأتيها، فكأن هذا الرجل لما وهب ثمرتها لغيره أفردها عن بقية النخل بحكم تعريتها، وأصلها خُلوُّ الشيء عن الشيء [٥].

=١٥٣٩، والمحاقلة مأخوذة من الحقل وهو الزرع وهي اكتراء الأرض بالحنطة، وقيل: هي بيع الحب في سنبله، انظر: النهاية في غريب الحديث والأثر ١٠١٦/١.

(١) تحفة المحتاج للهيتميّ ٤٧١/٤.

(٢) جاء في التلخيص الحبير أن أبا سعيد الخدريّ ﵁ –مشى إليه فقال: يا ابن عباس إلى متى تؤكل الناس الربا أصحبت رسول الله ﷺ ما لم نصحب؟ أسمعت منه ما لم نسمع؟ فقال: لا، ولكن حدثني أسامة بن زيد ﵁ أن النبيّ ﷺ قال: «لا ربا إلا في النسيئة» فقال: والله لا آواني وإياك ظل بيت ما دمت على هذا القول،٢١/٣.

(٣) قال جابر بن زيد ﵁: ما خرج ابن عباس ﵄ من الدنيا حتى رجع عن قوله في الصرف، والمتعة، فإن لم يثبت رجوعه، فإجماع التابعيّن ﵏ بعده يرفع قوله، وقال محمد بن سيرين: كنا في بيت ومعنا عكرمة فقال رجل: يا عكرمة تذكر ونحن في بيت فلان، ومعنا ابن عباس، فقال: إنما كنت استحللت الصرف برأيي، ثم بلغني أنه ﷺ حرمه فاشهدوا أني حرمته وبرئت منه إلى الله. انظر: المبسوط للسرخسيّ ١١٠/١٢–١١٢، والمغني لابن قدامة٤/ ١٢٣، ونيل الأوطار ١٦٣/٥، نصب الراية ٤/ ٣٧.

(٤) المغني لابن قدامة ١٢٣/٤، روضة الناظر لابن قدامة ١٤٩/١.

(٥) الصحاح للجوهريّ، مادة (عرا، عرى) ص ٦٨٤، وانظر مقاييس اللغة لابن فارس مادة (عروي) ص٧٣٨.

وفي اصطلاح الفقهاء: عرفها الحنفيّة بأن يهب الرجل ثمر نخله من بستانه لرجل ثم يشق على المعرى دخول المعرى له في بستانه كل يوم فيعطيه مكان ذلك تمرًا مجذوذًا بالخرص بدله(١)، وعند المالكيّة أن يهب الرجل رجلًا ثمرةً فيقبضها المعطَى ثم يريد المعطِي شراء تلك الثمرة منه بخرصها تمرًا إلى الجذاذ (٢)، وعرفها الشافعيّة أنها بيع الرُّطَبِ على النخل أو العنب في الشجر خَرْصًا بتمر أو زبيبٍ في الأرض كيلًا (٣)، وعرفها الحنابلة بأنها بيع الرطب في رؤوس النخل خرصًا بمثله من التمر كيلًا (٤).

فنلحظ أن تعريف المالكيّة والشافعيّة والحنابلة للعرايا متقارب إلا أن الإمام مالك ﷀ قصَرها بالمعَرِّي (رب البستان) وجعل الحق لا يعدوه، بينما الإمامان الشافعيّ و أحمد ﵎ جعلا الأمر أوسع من هذا، أما الحنفيّة فقد جعلوا العريَّة هي الهبة، وفيه شبه من قول المالكيّة والفرق بنهما أن الحنفيّة يقولون: يعطيه تمرًا مخروصًا مكان الذي رجع في هبته، أما المالكيّة فيقولون: إن صاحب الأرض أو البستان يشتري ممن وهبه الثمر بتمر يخرصه له، وذلك يخالف قول الشافعيّة والحنابلة؛ إذ يجوزون اشتراء التمر بالثمر لمن احتاج، وليس في قولهم هبة أو عطية.

وقبل أن نشرع في بحث المسألة يجدر بنا بيان محل الخلاف بين المذاهب، فالحنفيّة بتعريفهم السابق للعريَّة ليست هي العريَّة التي وقع فيها الخلاف مع جمهور العلماء، إنما الخلاف -كما سيتبين- على الصورة التي عرفها بها الجمهور؛ إذ الحنفيّة بتعريفهم السابق يجيزون العريَّة كما أنهم يمنعون العرية التي عناها الجمهور؛ لذلك فإن الخلاف في المسألة على قولين:

---

(١) المبسوط للسرخسيّ ٣٤٣/١٢، تبيين الحقائق للزيلعيّ ٣٧٠/٤، والعرية بهذا التعريف هي جائزة عند أبي حنيفة ليس لأنها مستثناة من المزابنة وإنما هي من باب رجوع الواهب في هبته على صفة مخصوصة، وهو أن يعطي بدلها تمرا بخرصها، وهكذا قال ابن رشد في بداية المجتهد ص٥٧٣.

(٢) الكافي لابن عبد البر ص٣١٥.

(٣) انظر مغني المحتاج للشربينيّ ٤٧/٣.

(٤) الشرح الكبير لابن قدامة ٦٣/١٢.

القول الأول-جواز العريَّة وهي مستثناة من تحريم المزابنة، وهو مذهب جمهور العلماء من المالكيّة[(١)] والشافعيّة [(٢)] والحنابلة [(٣)].

القول الثاني-تحريم العريَّة، وهو مذهب الحنفيّة [(٤)].

أدلة القول الأول:

جملة الأحاديث التي نصت على استثناء العرايا والرخصة فيها، وهي:

-ما جاء عن جابر رضي الله عنه، قال: «نهى النبيّ ﷺ عن بيع الثمر حتى يطيب، ولا يباع شيء منه إلا بالدينار والدرهم إلا العرايا» [(٥)].

-ما جاء عن سهل بن أبي حَثْمَة [(٦)] أن رسول الله ﷺ «نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العريَّة أن تباع بخرصها، يأكلها أهلها رطبا» [(٧)].

-ما جاء عن زيد بن ثابت رضي الله عنه، «أن رسول الله ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا» [(٨)].

---

(١) انظر: الكافي لابن عبد البر ص٣١٥، والتمهيد لابن عبد البر ٣٢٧/٢.

(٢) انظر مغني المحتاج للشربينيّ ٤٧/٣.

(٣) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة ٦٣/١٢.كشاف القناع للبهوتيّ ٢٤٩/٩.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٩٣/١٢، وفتح القدير لابن الهمام ٤١٥/٦.

(٥) متفق عليه، واللفظ للبخاريّ، وقد أخرجه في صحيحه ٧٦٤/٢، في كتاب البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة برقم ٢٠٧٧، وأخرجه مسلم ١١٧٤/٣ في كتاب البيوع، باب النهي عن المحاقلة والمزابنة، وعن المخابرة، وبيع الثمرة قبل بدو صلاحها، وعن بيع المعاومة برقم ١٥٣٦.

(٦) هو سهل بن أبي حَثْمَة بن ساعدة بن عامر بن عديّ بن مجدعة بن حارثة الأنصاريّ الأوسيّ، اختلف في اسم أبيه، فقيل: عبد الله، وقيل: عامر، كان عمره عند وفاة النبيّ ﷺ سبع سنين أو ثمان سنين، مات بالمدينة، وقيل: إنه مات في أول خلافة معاوية رضي الله عنه، انظر الاستيعاب ٦٦١/٢، والإصابة لابن حجر ١٩٥/٣.

(٧) أخرجه البخاريّ في كتاب البيوع، باب بيع الثمر على رؤوس النخل بالذهب والفضة ٧٦٤/٢ برقم ٢٠٧٩، ومسلم في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب إلا في العرايا ١١٧٠/٣ برقم ١٥٤٠.

(٨) أخرجه البخاريّ في كتاب البيوع، باب بيع المزابنة وهي: بيع الثمر بالتمر، وبيع الزبيب بالكرم، وبيع العرايا ٧٦٣/٢ برقم ٢٠٧٦، ومسلم في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا ١١٦٩/٣ برقم ١٥٣٩.

-ما جاء عن عبد الله بن عمر رضي الله عنهما أن رسول الله ﷺ «نهى عن المزابنة، والمزابنة: بيع الثمر بالتمر كيلا وبيع الزبيب بالكرم كيلا» قال: وحدثني زيد بن ثابت «أن النبيّ ﷺ رخص في العرايا بخرصها» [١].

-ما جاء عن أبي هريرة رضي الله عنه «أن رسول الله ﷺ رخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة» [٢].

وجه الدلالة من الأحاديث: أن النبيّ ﷺ رخص في بيع العرايا وأن ذلك مستثنى من عموم النهي عن المزابنة؛ لأن الرخصة هي الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر [٣].

وقد نوقشت هذه الأدلة من وجهين:

الوجه الأول-أن الترخيص في بيع العرايا منسوخ بالنهي عن بيع الثمر بالتمر [٤].

والجواب عنه: أن القول بالنسخ مردود؛ لأن الرخصة بالعرايا متصلة بالنهي، والرخصة متأخرة عن النهي، فلا يصح القول بنسخ الترخيص؛ لأن المنسوخ لا يكون بعد الناسخ [٥].

الوجه الثاني-أن المراد بالعرايا في الأحاديث هي العطية؛ ومن ثم لا يوجد استثناء [٦]. ويعضده المعنى في اللغة، ومنه ما قاله الشاعر في مدح الأنصار:

ليست بسنهاء ولا رجبية [٧] ولكن عرايا في السنين الجوائح [٨]

(١) أخرجه البخاريّ في كتاب البيوع، باب بيع الزبيب بالزبيب والطعام بالطعام ٧٦٠/٢ برقم ٢٠٦٤، ومسلم في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا ١١٧١/٣برقم ١٥٤٢.

(٢) أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب تحريم بيع الرطب بالتمر إلا في العرايا ١١٧١/٣برقم ١٥٤٢.

(٣) وهو تعريف البيضاويّ في شرح المنهاج ٨٣/١ وهو من أجود تعريفات الرخصة.

(٤) البحر الرائق لابن نجيم ٨٢/٦، والدفع بالنسخ هو أول ما يلجأ له الحنفيّة عند تعارض الأدلة.

(٥) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٨٢/٦، وفتح الباري لابن حجر ٣٨٥/٤.

(٦) انظر المبسوط للسرخسيّ ١٩٣/١٢، وشرح معاني الآثار للطحاويّ ٣٠/٤.

(٧) السنهاء: التي تحمل سنة، وتترك أخرى، والرجبية: التي يبنى تحتها لضعفها، لسان العرب ٥٦٢/٢.

(٨) البيت لسويد بن الصامت الأنصاريّ، قاله حينما كان يمدح نخل الأنصار، انظر: لسان العرب ٥٠/١٥ مادة (عرا)، وغريب الحديث لأبي عبيد ٢٣١/١، وتاج العروس ٤٠٩/٣٦.

أي أنهم كانوا يعرون في السنين الجوائح، أي: يهبون، ولو كانت العرايا بمعنى البيع لما امتدحهم الشاعر (١).

والجواب عنه: أن العرايا ليس معناها الهبة والعطية؛ وذلك لثلاثة أمور:

١-أن الحديث قد عبر بالترخيص، والمرخص من جملة ما حرم، ولا تكون الرخصة إلا في شيء محرم، ولو كانت العريَّة العطية لم يكن لقوله: «ورخص بعد ذلك في بيع العريَّة» فائدة ولا معنى؛ لأن العطية مباحة أصلًا، ثم إن الرخصة تقتضي تقدم حظر، وإنما يُتصور في البيع لا في الهبة(٢).

٢-أن نصوص الأحاديث جعلت العريَّة بيعًا، والبيع يخالف العطية؛ إذ إن العطية بلا عوض، كما أن الرخصة جاءت في بيع العرايا، والمستثنى منه بيع حقيقة، فكذلك المستثنى؛ لأن الأصل في الاستثناء أن يكون متصلًا (٣).

٣-لو كان المراد بالعريَّة الهبة لما كان للتقييد بخمسة أوسق أو ما دونها فائدة؛ لأن العطية جائزة في القليل والكثير (٤).

أدلة القول الثاني:

-استدلوا بعموم النصوص التي فيها النهي عن بيع المزابنة (٥)، وبعموم النصوص التي تحرّم الربا في أموال معيّنة، ومن ذلك ما جاء عن عبادة بن الصامت قال: قال رسول الله ﷺ: "الذهب بالذهب والفضة بالفضة والبر بالبر والشعير بالشعير والتمر بالتمر والملح بالملح مثلا بمثل سواء

(١) فتح القدير لابن الهمام ٤١٦/٦.
(٢) انظر الذخيرة للقرافيّ ٢٠٢/٥، والمغني لابن قدامة ٥٨/٤.
(٣) عمدة القاري للعينيّ ٢٩٩/١١، والذخيرة للقرافيّ ٢٠٢/٥.
(٤) الذخيرة للقرافيّ ٢٠٢/٥.
(٥) سبق ذكرها في المسألة السابقة.

بسواء يدا بيد فإذا اختلفت هذه الأصناف فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدًا بيد" (١)، وبيع التمر بالثمر لا يحصل فيه التساوي.

ويجاب عنه: بأن هذه الأحاديث قد جاء تخصيصها بأدلة القول الأول، والخاص مقدم على العام، ولو قُدِّر تعارض الحديثين وجب تقديم الأحاديث المخصصة جمعًا بينهما وعملًا بالنصين كليهما؛ لأن الذي نهى عن بيع الثمر بالتمر هو الذي رخَّص في بيع العرايا (٢)، كما أن من نهى عن بيع ما ليس عندك هو من أذن في السلم وهو بيع ما ليس عندك، ومن قبل إحدى السنتين وترك الأخرى فقد تناقض (٣).

-كما استدلوا بدليل من القياس وبيانه: أن العرايا فيها بيع الرطب بالتمر، من غير كيلٍ في أحدهما، فلم يجز كما لو كان على وجه الأرض (٤).

ويجاب عنه: بأن القياس لا يصار إليه مع وجود النص، فإذا ورد النص تبخّر الرأي.

الراجح:

يترجح -والله أعلم-القول الأول وهو صحة استثناء العرايا من تحريم المزابنة؛ وذلك لأن فيه جمعًا بين الأدلة، وإذا أمكن الجمع فإنه لا يصار إلى الترجيح (٥).

سبب الاستثناء:

النص، وهي نصوص الأحاديث التي استدل بها أصحاب القول الأول والتي بينت استثناء العرايا من تحريم المزابنة.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

جاءت الشريعة بتحريم ربا الفضل ومن ذلك المزابنة، ولَمَّا كان في عموم التحريم مشقة على الناس جاءت السنة النبويَّة ورخصت في بيع العرايا؛ لحاجة الناس إليه وتيسيرًا عليهم؛ لأن قاعدة الشريعة

---

(١) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب الصرف وبيع الذهب بالورق نقدًا ١٢١١/٣، برقم ١٥٨٧.

(٢) انظر: الإشراف لابن المنذر ٣٢/٦، والمغني لابن قدامة ٥٨/٤.

(٣) انظر: شرح ابن بطال على صحيح البخاريّ ٣١٣/٦.

(٤) فتح القدير لابن الهمام ٤١٥/٦.

(٥) وتقديم الجمع بين الأدلة عند التعارض هو مذهب جماهير العلماء، خلافًا للحنفيّة، انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار ٦٠٩/٤.

أن "المشقة تجلب التيسير"؛ ومن هنا جاء الاستثناء وفق هذه القاعدة (١)، ولها ارتباط أيضًا بقاعدة: "الضرر الأشد يُزال بالضرر الأخف"؛ لأَنَّ ضرَرَ المنعِ من العرايا أَشَدُّ من ضرَرِ الْمُزابَنَةِ، فرخّص الشارع في العرايا دفعًا للضرر الأشد (٢).

سبب الخلاف:

هو تعارض العام والخاص، فالعام هو تحريم المزابنة وتحريم الربا، والخاص هو إباحة العرايا، فجماهير العلماء يرون تقديم الخاص على العام والجمع بين النصوص وبناءً عليه أباحوا العرايا، أما الحنفيّة فإن دعوى النسخ عندهم مقدمة على الجمع عند تعارض النصوص (٣).

---

(١) انظر: قواعد ابن رجب ٣٩٩/١.

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم ٢٦/٢.

(٣) ويدل على ذلك قول الطحاويّ ﷺ في شرح معاني الآثار: "فإن حَمَلْنَا معنى العَرِيَّةِ، على ما قال مالك ، ضَادَّ ما رُوِيَ فيها، ما رُوِيَ في النهي عن بيع الرُّطَبِ بالتَّمْرِ، وإن حَمَلْنَاهُ على ما قال أبو حنيفة ، اتَّفَقَتْ معانيها ، ولم تَتَضَادَّ، والأولى بنا في صَرْفِ وجوه الآثار ومعانيها ، صَرْفُهَا إلى ما ليس فيه تضَادٌّ ، ولا مُعارضَةٌ لِسُنَّةٍ بِسُنَّةٍ، فقد ثَبَتَ بما ذكرنا في معنى العرايا ، ما ذهب إليه أبو حنيفة رحمة الله عليه" ٣٣/٤، وانظر إعلام الموقعين لابن القيم ١٣٤/٢.

المبحث السادس

المستثنيات في باب بيع الأصول والثمار

وفيه مطلبان:

المطلب الأول–استثناء البيع بشرط القطع في الحال والبيع لمالك الأصل من النهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه والزرع قبل اشتداد حبه.

المطلب الثاني–استثناء ما تهلكه الجائحة من الثمر على أصوله إذا كان فيما دون الثلث من وجوب الضمان على البائع.

المطلب الأول

استثناء البيع بشرط القطع في الحال والبيع لمالك الأصل من النهي عن بيع الثمر قبل بدو صلاحه (١)، والزرع قبل اشتداد حبه (٢)

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع الثمر قبل بدو صلاحه والزرع قبل اشتداد حبه:

اختلف أهل العلم في هذه المسألة على قولين:

القول الأول–ذهب جماهير أهل العلم من المالكيّة والشافعيّة والحنابلة إلى عدم جواز بيع الثمر قبل بدو صلاحه والزرع قبل اشتداد حبه (٣).

القول الثاني–وذهب الحنفيّة إلى جواز البيع، ويؤمر المشتري بالقطع (٤).

---

(١) يحصل بدو الصلاح بظهور النضج، ومبادئ الحلاوة، وزوال العفوصة أو الحموضة المفرطتين، وذلك فيما لا يتلون، بأن يتموه ويلين، وفيما يتلون، بأن يحمر أو يصفر أو يسود، وهذه الأوصاف وإن عرف بها بدو الصلاح، فليس واحدًا منها شرطًا فيه؛ لأن القثاء لا يتصور فيه شيء منها، بل يستطاب أكله صغيرًا وكبيرًا، وإنما بدو صلاحه، أن يكبر بحيث يجنى في الغالب ويؤكل، وإنما يؤكل في الصغر على الندور، وكذا الزرع، لا يتصور فيه شيء منها، وبدو صلاحه باشتداد الحب، والعبارة الشاملة أن يقال: بدو الصلاح في هذه الأشياء، ضرورتها إلى الصفة التي تطلب غالبا لكونها على تلك الصفة. روضة الطالبين وعمدة المفتين للنوويّ ٣ / ٥٥٧–٥٥٨.

(٢) الفقهاء ﷭ يجعلون حال الزرع مع الأرض كحال الثمار مع الأشجار، والكلام فيها واحد؛ لذلك سأقتفي طريقتهم منعًا للتكرار. انظر: شرح الزركشيّ على مختصر الخرقيّ ٤٩٦/٣.

(٣) انظر: بداية المجتهد ١٦٨/٣–١٦٩، والتاج والإكليل لابن المَوَّاق ٤٥١/٦، وحاشية الدسوقيّ ١٧٦/٣، وروضة الطالبين للنوويّ ٥٥٥/٣، وتكملة المجموع للسبكيّ ٤١٠/١١، وتحفة المحتاج للهيتميّ ٤٦١/٤، والمغني لابن قدامة ٦٣/٤، ومجموع الفتاوى لابن تيمية ٥٤٤/٢٠ و٢٧١/٣٠.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٩٥/٢، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ١٧٠/٥، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ١٢/٤، والبحر الرائق لابن نجيم ٣٢٤/٥.

أدلة القول الأول:

١-ما جاء عن ابن عمر ﵄ قال: «نَهَى النبيّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا»، وَكَانَ إِذَا سُئِلَ عَنْ صَلاَحِهَا قَالَ: «حَتَّى تَذْهَبَ عَاهَتُهُ»، ومثله عن جابر بن عبد الله[١] وعن أبي هريرة [٢] ﵄، وفي الرواية الأخرى عن ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض، ويأمن العاهة» نهى البائع والمشتري [٣].

٢-ما جاء عن أنس بن مالك ﵁، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى تُزْهِيَ، فَقِيلَ لَهُ: وَمَا تُزْهِي؟ قَالَ: حَتَّى تَحْمَرَّ، فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ، بِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ» [٤]، وجه الدلالة من الأحاديث: أن النبيّ ﷺ نهى عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها وعن السنابل حتى تبيض؛ لأن قبل ذلك لا يأمن أن يصيبها عاهة فتتلف، وذلك غرر من غير حاجة؛ فلذلك نهى النبيّ البائعَ لئلا يأكل مال أخيه بالباطل؛ لأنه أخذ عقد معاوضة بلا عوض مضمون، ونهى المشتري لئلا يضيع ماله، ويساعد البائع على الباطل [٥].

٣-ولأن إطلاق البيع بلا شرط يقتضي التبقية [٦]، والبيع بشرط التبقية لا خلاف في عدم جوازه [٧].

---

(١) أخرجه البخاريّ في كتاب الزكاة، باب من باع ثماره، أو نخله، أو أرضه، أو زرعه، وقد وجب فيه العُشْرُ أو الصدقة، فَأَدَّى الزكاة من غيره، أو باع ثماره ولم تجب فيه الصدقة وَقَوْلُ النبيّ ﷺ: «لاَ تَبِيعُوا الثَّمَرَةَ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا» فلم يَحْظُرِ البيع بعد الصلاح على أحد، ولم يَخُصَّ من وَجَبَ عليه الزكاة ممن لم تجب ١٢٧/٢ برقم (١٤٨٦) وحديث جابر بعده برقم (١٤٨٧).

(٢) أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع ١١٦٧/٣ برقم (١٥٣٨).

(٣) أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها بغير شرط القطع١١٦٥/٣ برقم (١٥٣٥).

(٤) أخرجه البخاريّ في البيوع، باب إذا باع الثمار قبل أن يبدو صلاحها، ثم أصابته عاهة فهو من البائع ٧٧/٣ برقم (٢١٩٨).

(٥) انظر مجموع فتاوى ابن تيمية ٤٧/٢٩، ونيل الأوطار للشوكانيّ ٢٠٦/٥.

(٦) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ١٦٨/٣-١٦٩.

(٧) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٧٣/٥، وبداية المجتهد لابن رشد ١٦٨/٣، وتكملة المجموع للسبكيّ ٤١٠/١١، والمغني لابن قدامة ٦٣/٤.

أدلة القول الثاني:

١-أن النهي عن بيع الثمار قبل بدو صلاحها محمول على ما قبل الظهور، وعلى ما كان بشرط الترك بدلالة حديث أنس: «أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ، بِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ» (١).

٢-أن إطلاق العقد يقتضي القطع في الحال؛ لأن مقتضى العقد تسليم المعقود عليه في الحال (٢).

٣-ولأنه مال متقوم منتفع به في الحال أو في المآل (٣).

يجاب عنهم:

أن النبيّ ﷺ أطلق النهي عن بيع الثمرة قبل بدو صلاحها، فيدخل فيه محل النزاع، واستدلالهم بسياق الحديث يدل على هدم قاعدتهم التي قرروها، في أن إطلاق العقد يقتضي القطع لعدم تصور القطع قبل الظهور، ويقرر ما قلنا: من أن إطلاق العقد يقتضي التبقية، فيصير العقد المطلق كالذي شرطت فيه التبقية، يتناولهما النهي جميعًا، ويصح تعليلهما بالعلة التي علل بها النبيّ ﷺ من منع الثمرة وهلاكها (٤).

الراجح:

يترجح -والله أعلم-القول الأول؛ لموافقته النصوص الشرعيّة ومناقشهم أدلة المخالفين، ولما فيه من مصلحة للمتبايعين بقطع النزاع بينهما؛ لأن الثمار قبل بدو الصلاح تكون عرضة للتلف، ولأن فيه إعمالًا لقاعدة الشريعة: "لا ضرر ولا ضرار".

---

(١) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٣٢٥/٥.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٩٥/١٢.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ١٢/٤، وفتح القدير لابن الهمام ٢٨٧/٦.

(٤) المغني لابن قدامة ٦٣/٤ بتصرف.

سبب الخلاف:

تردد البيع المطلق بين البيع بشرط القطع وهو جائز، وبين البيع بشرط التبقية وهو ممنوع، فمن حمل الإطلاق على التبقية، قال: لا يجوز، ومن حمله على القطع، قال: يجوز [١].

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء البيع بشرط القطع في الحال والبيع لمالك الأصل:

يَرِد الاستثناء على مذهب الجمهور في المسألة السابقة القائلين بعدم جواز بيع الثمر قبل بدو صلاحه والزرع قبل اشتداد حبه، فاستثنوا مسألتين يجوز فيهما البيع قبل بدو الصلاح –على خلاف بينهم–، وتفصيل القول فيهما كالآتي:

المسألة الأولى–البيع بشرط القطع في الحال:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول–وهو قول المذاهب الأربعة [٢]، وهو جواز بيع الثمر قبل بدو صلاحه والزرع قبل اشتداد حبه بشرط القطع في الحال [٣].

القول الثاني–وهو قول الثوريّ [٤]،

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٦٩/٣.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٩٥/١٢، بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٧٣/٥، والبحر الرائق لابن نجيم ٣٢٤/٥، وحاشية ابن عابدين ٥٤٤/٤، وبداية المجتهد لابن رشد ١٦٨/٣–١٦٩، وحاشية الدسوقيّ ١٧٦/٣، وروضة الطالبين للنوويّ ٥٥٣/٣، وتحفة المحتاج للهيتميّ ٤٦١/٤، والمغني لابن قدامة ٦٣/٤، وشرح منتهى الإرادات للبهوتيّ ٨٤/٢. وقول الحنفيّة هنا هو استصحاب لقولهم في المسألة السابقة وليس استثناءً.

(٣) وقد نقل الإجماع على هذا القول جمع من أهل العلم كابن رشد والنوويّ وابن قدامة، ولكن الإجماع مخروم بالقول الثاني كما سيأتي، وقد وَهِمَ من نقل الإجماع على القول الأول كما ذكر ابن حجر في الفتح ٣٩٤/٤، وانظر: المراجع السابقة.

(٤) هو الإمام أبو عبد الله سفيان بن سعيد الثوريّ، أحد الأعلام علما وزهدًا، وكان مولده في سنة سبع وتسعين في خلافة سليمان بن عبد الملك، وكان مستخفيًا بالبصرة في خلافة المهديّ، وقال ورقاء: لم يرَ سفيان مثل نفسه، توفي في شعبان سنة ١٦١هـ عن أربع وستين سنة. انظر: الكاشف للذهبيّ ٤٤٩/١.

وابن أبي ليلى [١]، وتبعهما الشوكانيّ وهو المنع مطلقا من غير استثناء [٢].

أدلة القول الأول:

١-ما جاء في حديث أنس بن مالك السابق، أَنَّ رَسُولَ اللَّهِ ﷺ نَهَى عَنْ بَيْعِ الثِّمَارِ حَتَّى تُزْهِيَ، فَقِيلَ لَهُ: وَمَا تُزْهِي؟ قَالَ: حَتَّى تَحْمَرَّ. فَقَالَ رَسُولُ اللَّهِ ﷺ: «أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ، بِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ» [٣]، وجه الدلالة: أن النبيّ ﷺ نهى عن بيع الثمار قبل أن تزهي من أجل جهالة العاقبة بدلالة حديث ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض، ويأمن العاهة» نهى البائع والمشتري [٤]، فالعلة هنا منصوصة، والحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا، والبيع المشروط بالقطع لا توجد فيه هذه العلة؛ لأنه سيقطع الآن قبل أن يتعرض للعاهات.

٢-ما جاء عَنِ ابْنِ عُمَرَ رضي الله عنهما: أَنَّ النبيّ ﷺ، قَالَ: «أَيُّمَا امْرِئٍ أَبَّرَ نَخْلًا ثُمَّ بَاعَ أَصْلَهَا، فَلِلَّذِي أَبَّرَ ثَمَرُ النَّخْلِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ المُبْتَاعُ» [٥]، وجه الدلالة: أن النبيّ ﷺ جعل الثمرة للمشتري بالشرط من غير فصل بين ما إذا بدا صلاحها أو لا؛ فدل على أنها محل البيع كيفما كان إذا وجدت مع الشرط [٦].

---

(١) هو الإمام العلم مفتي الكوفة وقاضيها أبو عبد الرحمن محمد بن عبد الرحمن بن أبي ليلى الفقيه المقرئ، وُلِدَ: سَنَةَ نَيِّفٍ وَسَبْعِيْنَ، قال الذهبيّ: حديثه في وزن الحسن ولا يرتقي إلى الصحة؛ لأنه ليس بالمتقن عندهم ومناقبه كثيرة، مات في شهر رمضان سنة ثمان وأربعين ومئة. انظر: تذكرة الحفاظ للذهبيّ ١/١٢٨-١٢٩، والسير له أيضًا ٦/٣١٠-٣١٥.

(٢) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٣/١٦٨، وتكملة المجموع للسبكيّ ١١/٤٢٤، ونيل الأوطار للشوكانيّ ٥/٢٠٧.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) أخرجه البخاريّ في البيوع، باب بيع النخل بأصله ٣/٧٨ برقم (٢٢٠٦)، ومسلم في كتاب البيوع، باب من باع نخلًا عليها ثمر ٣/١١٧٢ برقم (١٥٤٣) واللفظ للبخاريّ.

(٦) بدائع الصنائع للكاسانيّ ٥/١٣٩.

أدلة القول الثاني:

١-ما جاء عن ابْنَ عُمَرَ رضي الله عنهما قال: «نَهَى النبيّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا» [١]، وجه الدلالة: أن الحديث وما جاء في معناه عام في النهي، ولم يُفَصِّل بين ما كان بشرط القطع أو لا، فيبقى على عمومه.

يجاب عن استدلالهم بالحديث: أن الواجب في نصوص الشارع حمل المطلق على المقيد، وقد جاء في حديث ابن عمر: «أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض، ويأمن العاهة» [٢] فقرن بين التحريم وعلته؛ فدل أنه عند انتفاء العلة ينتفي الحكم، كما أنه قرن الحكم بـ(حتى) وهي تفيد الغاية، فما قبلها يختلف في الحكم عن ما بعدها، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه والزرع قبل اشتداد حبه بشرط القطع في الحال لا توجد فيهما علة التحريم؛ وعليه فإن الحكم يكون مغايرًا لما قبل الغاية [٣].

الراجح:

يترجح -والله أعلم-القول الأول؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة القول الثاني، وبعض أهل العلم نقل الإجماع عليه لكنه لا يُسلم له، وهو يدل على ضعف القول الثاني.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر بمجموع النصوص التي قرنت الحكم بعلته، وبيع الثمر قبل بدو صلاحه والزرع قبل اشتداد حبه بشرط القطع في الحال لا توجد فيهما علة التحريم.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) انظر: شرح مختصر الروضة للطوفيّ ٧٥٨/٢.

المسألة الثانية–البيع لمالك الأصل:

اختلف أهل العلم في حكم بيع الثمر قبل بدو صلاحه والزرع قبل اشتداد حبه لمالك الأصل [١] على قولين:

القول الأول–وهو المعتمد عند الشافعيّة والمذهب عند الحنابلة [٢]، وهو عدم جواز بيع الثمر قبل بدو صلاحه والزرع قبل اشتداد حبه لمالك الأصل؛ لعموم أدلة النهي التي استدلوا بها سابقًا.

القول الثاني–وهو المشهور من قول مالك ووجه عند الشافعيّ ووجه عند الحنابلة [٣]، وهو جواز بيع الثمر قبل بدو صلاحه والزرع قبل اشتداد حبه لمالك الأصل.

أدلة القول الثاني:

١–القياس على ما جاء في حديث ابْنِ عُمَرَ السابق وفيه: أَنَّ النبيّ ﷺ، قَالَ: «أَيُّمَا امْرِئٍ أَبَّرَ نَخْلًا ثُمَّ بَاعَ أَصْلَهَا، فَلِلَّذِي أَبَّرَ ثَمَرُ النَّخْلِ، إِلَّا أَنْ يَشْتَرِطَهُ المُبْتَاعُ» [٤]، وجه الدلالة: قالوا إذا جاز اشتراط المشتري الثمرة التي هي للبائع بنص الحديث، فإنه يجوز أن يبيعها البائع لتكون ملكًا للمشتري الذي يملك الأصل.

٢–ولأنه إذا باعها لمالك الأصل حصل التسليم إلى المشتري على الكمال؛ لكونه مالكًا لأصولها وقرارها، فصح، كبيعها مع أصلها [٥].

---

(١) والشجرة هي أصل الثمرة، والأرض هي أصل الزرع، ومثالها: رجلٌ باع نخلًا بعد أن أُبرت، فالثمر بعد التأبير يكون للبائع بنص حديث ابن عمر، فيطلب المشتري من البائع الذي كانت له الثمرة أن يبيعه الثمرة، وكمن زرع أرضًا لمالكها ثم أراد أن يبيع الزرع على صاحب الأرض قبل اشتداد حبه. انظر المغني لابن قدامة ٦٤/٤.

(٢) انظر: روضة الطالبين للنوويّ ٥٥٦/٣، ومغني المحتاج للشربينيّ ٤٩٧/٢، ونهاية المحتاج للرمليّ ١٤٧/٤، وشرح الزركشيّ ٤٩٥/٣.

(٣) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد ٤١٦/٧، والذخيرة للقرافيّ ١٨٦/٥، ونهاية المحتاج للرمليّ ١٤٧/٤، والإنصاف للمرداويّ ٦٦/٥.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) انظر: نهاية المحتاج للرمليّ ١٤٧/٤، والمغني لابن قدامة ٦٤/٤.

يجاب عنهم:

أن قياسهم على حديث ابن عمر قياس مع الفارق؛ لأن الثمر في الحديث تابع للشجر والعقد واحد، ويثبت تبعًا ما لا يثبت استقلالًا، والمسألة محل البحث تختلف عن ذلك؛ لأن الصفقة الأولى انتهت، ثم أراد المتبايعان أن يعقدا صفقة جديدة على الثمرة وهي لم يبد صلاحها وعلى الزرع قبل اشتداد حبه وهذا منهيّ عنه (١).

الراجح:

يترجح –والله أعلم–القول الأول؛ لقوة أدلتهم وموافقته عموم أدلة النهي، ومناقشتهم أدلة المخالفين؛ وبناء عليه فإن الاستثناء ليس صحيحًا.

سبب الاستثناء:

القياس، وهو يتضح بقياسهم على حديث ابن عمر الذي أجاز للمشتري اشتراط الثمر المُؤبر له بجامع ملكه ملك الأصل في الجميع، كما أنهم قاسوا المسألة على بيع الشجرة مع ثمرها بعقد واحد وجعلوا الثمر تابعًا في الجميع.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٤/٦٤.

المطلب الثاني

استثناء ما تهلكه الجائحة من الثمر على أصوله إذا كان فيما دون الثلث من وجوب الضمان على البائع

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم الضمان فيما تهلكه الجائحة [1] من الثمر على أصوله:

تحرير محل النزاع:

١–إذا وقعت الجائحة قبل القبض، ففي هذه الحالة يكون الضمان على البائع باتفاق الفقهاء؛ لأن الثمرة لا زالت تحت يده فيلزمه ضمانها [2].

٢–إذا وقعت الجائحة بعد القبض وبعد انتهاء الوقت المعتاد للجذاذ، ففي هذه الحالة يكون الضمان على المشتري باتفاق الفقهاء؛ لأنه مفرط، فيلزمه أن يتحمل تفريطه [3].

---

(١) الجائحة في اللغة: من الجوح، قال ابن فارس: الجيم والواو والحاء أصل واحد، وهو الاستئصال، يقال جاح الشيء يجوحه استأصله، ومنه اشتقاق الجائحة. مقاييس اللغة ٤٩٢/١ مادة (جوح)، وقال ابن الأثير: "وهي الآفَةُ التي تُهْلِك الثمار والأموال وتستأصلها، وكل مُصِيبَة عَظِيمَةٍ وفِتْنَةٍ مُبِيرَة: جَائِحَة". النهاية في غريب الحديث والأثر ٣١٢/١ مادة (جوح). وفي اصطلاح الفقهاء عرفها المالكيّة بأنها: كل شيء لا يستطاع دفعه لو علم به، سواء أكان سماويًا كالبرد والحر والعفن والدود والفأر والطير والريح والثلج والمطر، أم غير سماويّ كجيش. انظر شرح الخرشيّ على مختصر خليل ٥/ ١٩٣. وعرفها الشافعيّة والحنابلة بأنها: كل ما أذهب الثمرة أو بعضها بغير جناية آدميّ، كريح ومطر وثلج وبرد وجليد وصاعقة وحر وعطش ونحوها. الأم للشافعيّ ٥٨/٣، والمغني لابن قدامة ٨١/٤، والإنصاف للمرداويّ ٧٧/٥.

(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ١٥/٦، وحاشية ابن عابدين ٥٦٦/٤، والمدونة للإمام مالك ٥٩٠/٣، وحاشية العدويّ على شرح كفاية الطالب ٢١٧/٢–٢١٨، ونهاية المحتاج للرمليّ ١٥٤/٤، والمغني لابن قدامة ٨١/٤، وفتاوى ابن تيمية ٢٨٦/٣.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٤٤/١٣، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ٢٣٩/٥، وفتح القدير لابن الهمام ٣٠٦/٣، ومجمع الأنهر لشيخي زاده ٣٢/٢، وبداية المجتهد لابن رشد ٢٠٢/٣، والأم للشافعيّ ٥٧/٣، والمغني لابن قدامة ٨٢/٤.

٣-إذا وقعت الجائحة بعد القبض وقبل انتهاء وقت الجذاذ، فهذه الحالة اختلف فيها الفقهاء على قولين [١]:

القول الأول-وهو مذهب المالكيّة وقول الشافعيّ في القديم والمذهب عند الحنابلة، وهو أن الضمان يكون على البائع، وقيّد المالكيّة هذا بأن تكون الثمرة بحاجة إلى إبقائها [٢].

القول الثاني-وهو مذهب أبي حنيفة وقول الشافعيّ في الجديد وهو أن الضمان على المشتري [٣].

أدلة القول الأول:

١-أن النبيّ ﷺ أمر بوضع الجوائح، ومن ذلك ما رواه جابر رضي الله عنه عن النبيّ ﷺ قال: «لو بعت من أخيك ثمرًا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»[٤]، وجه الدلالة: أن الحديث صريح بتضمين البائع ما أتلفته الجائحة، بل إنه حذّر من تضمين المشتري لذلك [٥].

٢-أنه مبيع بَقِيَ على البائع فيه حق تَوْفِية، بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يكمل، فوجب أن يكون ضمانه منه، أصله سائر المبيعات التي بَقِيَ فيها حق توفية، والفرق عندهم بين هذا المبيع، وبين سائر البيوع أن هذا بيع وقع في الشرع، والمبيع لم يكمل بعد، فكأنه مستثنى من النهي عن بيع ما لم يُخلق، فوجب أن يكون في ضمانه مخالفا لسائر المبيعات [٦].

---

(١) انظر: فتاوى ابن تيمية ٢٧٢/٣٠.

(٢) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٢٠٢/٣، والتاج والإكليل لابن المَوَّاق ٤٦٠/٦، وحاشية الدسوقيّ ١٨٦/٣، وروضة الطالبين للنوويّ ٥٦٤/٣، وتكملة المجموع للسبكيّ ٤٦٤/١١ و٩٠/١٣، ومغني المحتاج للشربينيّ ٥٠١/٢، والمغني لابن قدامة ٨٠/٤.

(٣) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٣٠٦/٦، والبحر الرائق لابن نجيم ١٥/٦، وحاشية ابن عابدين ٥٦٦/٤، والأم للشافعيّ ٥٧/٣، وروضة الطالبين للنوويّ ٥٦٤/٣، ومغني المحتاج للشربينيّ ٥٠١/٢.

(٤) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة والمزارعة، باب وضع الجوائح ١١٩٠/٣ برقم (١٥٥٤).

(٥) انظر: المغني لابن قدامة ٨٠/٤.

(٦) بداية المجتهد لابن رشد ٢٠٢/٣.

أدلة القول الثاني:

١-ما رُوِيَ عن عائشة رضي الله عنها «أَنَّ رَجُلًا ابْتَاعَ تَمْرَةً فَأَذْهَبَتْهَا الْجَائِحَةُ، فَسَأَلَهُ أَنْ يَضَعَ عَنْهُ فَأَبَى أَلَّا يَفْعَلَ، فَذُكِرَ ذَلِكَ لِلنبيّ ﷺ فَقَالَ: يَتَأَلَّى أَلَّا يَفْعَلَ خَيْرًا، فَأُخْبِرَ الْبَائِعُ بِمَا ذَكَرَ النبيّ ﷺ فَسَمَحَ بِهِ لِلْمُبْتَاعِ» (١)، وجه الدلالة: أن النبيّ ﷺ لم يُوجب على البائع وضع الجائحة، ولو كان واجبًا لأجبره (٢).

يجاب عن استدلالهم من وجهين:

الوجه الأول-أن الحديث لا حجة لهم فيه؛ لأن فعل الواجب خير، فإذا تألى ألا يفعل الواجب؛ فقد تألى ألا يفعل خيرًا.

الوجه الثاني-أن عدم إجبار النبيّ ﷺ للبائع لا يعني عدم وجوب الضمان عليه؛ لأنه مجرد قول أم المدعي من غير إقرار البائع ولا حضوره (٣).

٢-ما جاء عن أبي سعيد الخدريّ رضي الله عنه، قال: أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها، فكثر دينه، فقال رسول الله ﷺ: «تصدقوا عليه»، فتصدق الناس عليه، فلم يبلغ ذلك وفاء دينه، فقال رسول الله ﷺ لغرمائه: «خذوا ما وجدتم، وليس لكم إلا ذلك» (٤)، وجه الاستدلال: أنه

---

(١) رواه ابن حجر في التلخيص في كتاب البيوع، باب بيع الأصول والثمار ٧١/٣ برقم (١٢٢٣) وعزاه إلى الصحيحين ولم أجده، وعزاه إليهما أيضًا ابن قدامة في المغني ٨٠/٤، ورواه مَالِكٌ في موطأه من غير طريق عائشة عن أبي الرجال محمد بن عبد الرحمن، عن أُمِّهِ عَمْرَةَ بنت عبد الرحمن أنه سمعها تقول: ابتاع رجلٌ ثمر حائط في زمان رسول الله ﷺ فَعَالَجَهُ، وقام فيه حتى تبين له النقصان، فسأل ربُّ الحائط أن يضع له، أو أن يُقِيلَهُ، فَحَلَفَ ألا يفعل، فَذَهَبَتْ أُمُّ المشتري إلى رسول الله ﷺ فذكرت ذلك له، فقال رسول الله ﷺ: "تَأَلَّى أَلَا يَفْعَلَ خَيْرًا" فسمع بذلك رَبُّ الحائط فأتى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله، هو له" كتاب البيوع، باب الجائحة في بيع الثمار والزروع ٦٢١/٢ برقم (١٥) قال الشافعيّ: "حديث مالك عن عمرة مرسل، وأهل الحديث ونحنُ لا نثبت مرسلًا" الأم ٥٧/٣.

(٢) المغني لابن قدامة ٨٠/٤.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٩٦/١٢.

(٤) أخرجه مسلم في كتاب المساقاة والمزارعة، باب استحباب وضع الدين ١١٩١/٣ برقم (١٥٥٦).

الرسول ﷺ أمر بالتصدق على المشتري الذي تلفت ثماره، ولم يسقط عنه ثمن الثمرة؛ فدل ذلك على أن ضمان الجائحة على المشتري [١].

يجاب عن استدلالهم بالحديث:

قال شيخ الإسلام ابن تيمية: "أما الأول-يعني حديث أبي سعيد الخدريّ-: فكلام مجمل فإنه حكى أن رجلًا اشترى ثمارًا فكثرت ديونه، فيمكن أن السعر كان رخيصًا فكثر دينه لذلك، ويحتمل أنها تلفت أو بعضها بعد كمال الصلاح، أو حوزها إلى الجرين [٢]، أو إلى البيت، أو السوق، ويحتمل أن يكون هذا قبل نهيه أن تباع الثمار قبل بدو صلاحها، ويحتمل أن يكون البائع عديمًا، فلم يقضِ عليه بجائحة، فلا يترك الحديث الصريح البيِّن، لحديث مجمل محتمل، ولو فُرض أن هذا كان مخالفًا لكان منسوخًا؛ لأنه باق على حكم الأصل وذاك ناقل عنه، والناقل عن البراءة الأصلية مقدم على غيره [٣].

٣-أن إخلاء المبيع يجيز للمشتري التصرف فيه، فتعلق التصرف بالإخلاء، والضمان متعلق بالتصرف [٤].

يجاب عنه:

أن التخلية ليست قبضًا تامًا بدليل أنه مبيع بقي على البائع فيه حق توفية، بدليل ما عليه من سقيه إلى أن يكمل، ولو تلفت بعطش كانت من ضمان البائع، ولا يلزم من إباحة التصرف تمام القبض، بدليل المنافع في الإجارة يباح التصرف فيها، ولو تلفت كانت من ضمان المؤجر، كذلك الثمرة في شجرها كالمنافع قبل استيفائها، تؤخذ حالًا فحالًا [٥].

---

(١) انظر: نهاية المحتاج للرمليّ ١٥٤/٤.

(٢) هُوَ مَوْضِعُ تَجْفيف التَّمْرِ قبل أن يُجعل في الأوعية، وهُوَ لَهُ كالبَيْدَر للحِنْطة. انظر: طلبة الطلبة لنجم الدين النسفيّ ٧٨/١ مادة (جرن)، والنهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ٢٦٣/١ مادة (جَرَنَ).

(٣) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٧٣/٣٠ بتصرف، وانظر: بداية المجتهد لابن رشد ٢٠٢/٣-٢٠٣، وقد سبقت ترجمة شيخ الإسلام.

(٤) انظر: تكملة المجموع للسبكيّ ٩٠/١٣.

(٥) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٢٠٢/٣، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٩٦/١٢، وشرح الزركشيّ على مختصر الخرقي ٥٢٠/٣.

الراجح:

يترجح –والله أعلم–القول الأول وهو تضمين البائع بما أتلفت الجائحة؛ لثبوت الحديث عن المعصوم ﷺ بوضع الجوائح، ولا مساغ للاجتهاد في مورد النص [١]، بالإضافة إلى القيد الذي ذكره المالكيّة وهو: أن تكون الثمرة بحاجة إلى الإبقاء؛ لأنها إذا لم تكن بحاجة إلى الإبقاء فإن ذلك تفريط من المشتري، فعليه أن يتحمل مغبة تفريطه.

سبب الخلاف:

عن طريق عرض أدلة الفريقين يتضح أن سبب الخلاف راجع إلى تخلية البائع للثمار على رؤوس الأشجار، هل يعد مثل ذلك قبضًا للثمار، بحيث يكون ضمانها على المشتري، أو لا يعد قبضًا تامًّا باعتبار أن على البائع سقي الثمار حتى كمال طيبها فيكون ضمانها على البائع.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما دون الثلث:

يرد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة القائلين بتضمين البائع فيما أتلفت الجائحة، فهؤلاء اختلفوا فيما بينهم فاستثنى بعضهم قدرًا يكون الضمان فيه على المشتري، وبعضهم استصحب عموم النصوص ولم يستثنِ، ومحصلة الخلاف فيها على قولين:

القول الأول–وهو ظاهر مذهب الحنابلة ورواية عن الإمام أحمد، وهو أن البائع يضمن قليل الجائحة وكثيرها لعموم أدلة وضع الجوائح السابقة، إلا ما جرت العادة بتلف مثله، كالشيء اليسير الذي لا ينضبط فلا يلتفت إليه، كأن يأكل منه الطير أو يتساقط، فهذا لا يسلم منه أحد، ويصعب التحرز منه، ولا يسمى جائحة ولا يدخل في الخبر، فهو معلوم الوجود بحكم العادة، فكأنه مشروط[٢].

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ١٤٧/١.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٨١/٤، وشرح الزركشيّ ٥٢٤/٣–٥٢٥، وحاشية ابن قاسم على الروض المربع ٥٥٧/٤.

القول الثاني–وهو مذهب المالكيّة وقول الشافعيّ في القديم ورواية لأحمد، وهو استثناء ما دون الثلث فيما تتلفه الجائحة فيكون ضمانه على المشتري [١].

أدلة القول الثاني:

١–أن الشارع اعتبر الثلث في مواطن كثيرة، وجعله حدًّا أدنى للكثرة، وما دونه يدخل في القلة[٢] بدليل قول النبيّ ﷺ في الوصية: «الثلث، والثلث كثير» [٣].

يجاب عنهم:

أن النصوص التي أمرت بوضع الجوائح جاءت عامة، وما دون الثلث داخل فيه، فيجب وضعه.

الراجح:

يظهر من عرض الأقوال أن الخلاف محصور فيما دون الثلث وزاد عن العادة، والذي يترجح عندي هو القول الأول؛ لقوة أدلتهم وهو الموافق لقاعدة الشرع وهو عدم الالتفات للشيء اليسير إذ لا حكم له [٤]؛ لعدم التحرز منه، كما أن التفريق بين الثلث وما دونه لا وجه له؛ ولهذا جاء عن الإمام الشافعيّ رحمه الله أنه قال: "لو ثبتت السنة بوضع الجائحة وضعت كل قليل وكثير أصيب من السماء بغير جناية أحد عليه، فأما أن يوضع الثلث فصاعدًا ولا يوضع ما دون الثلث فهذا لا خبر ولا قياس ولا معقول" [٥]، وقال أبو داود: "لم يصح في الثلث شيء عن النبيّ ﷺ وهو رأي أهل

---

(١) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٢٠٢/٣، والتاج والإكليل لابن المَوَّاق ٤٦٦/٦. والأم للشافعيّ ٦٠/٣، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٩٨/١٢–١٩٩.

(٢) بداية المجتهد لابن رشد ٢٠٤/٣.

(٣) أخرجه البخاريّ في كتاب المرضى، باب قول المريض: "إني وَجِعٌ، أو وا رأساه، أو اشتد بي الوجع وَقَوْلِ أَيُّوبَ عليه السلام: ﴿أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ﴾ [الأنبيّاء: ٨٣] ١٢٠/٧ برقم (٥٦٦٨)، أخرجه مسلم في كتاب الوصية، باب الوصية بالثلث ١٢٥٠/٣ برقم (١٦٢٨).

(٤) كشاف القناع للبهوتيّ ١٦٩/٢.

(٥) ويعتذر له رحمه الله أنه لم يثبت لديه حديث الأمر بوضع الجوائح ولم تبلغه الروايات الصحيحة، وأصح ما فيها ما ورد في صحيح مسلم السالف الذكر، ومع ذلك فقد ورد عنه رحمه الله أنه قال: "إذا صح الحديث فهو مذهبيّ" وقال أيضًا: "إذا صح الحديث فاضربوا بقولي الحائط، وإذا رأيت الحجة موضوعة على الطريق فهي قولي" ومع ثبوت

المدينة، والراجح الوضع مطلقًا من غير فرق بين القليل والكثير" [1]؛ ولذلك فإن الراجح عدم صحة الاستثناء، وأما الشيء اليسير مما جرت العادة به فهو لا يدخل تحت اسم الجائحة، ولا حكم له.

سبب الاستثناء:

النص، وهو النص الذي دلَّ على اعتبار الثلث في الوصية، وهو نص في الفرق بين القليل والكثير، والجائحة التي عُلِّق الحكم بها تقتضي الفرق بين القليل والكثير، وإذا وجب الفرق وجب أن يُعتبر الثلث؛ إذ قد اعتبره الشرع في مواضع كثيرة [2].

=الحديث لدينا فلا مناص عنه. انظر: الأم للشافعيّ ٥٧/٣، والمجموع للنوويّ ٩٢/١، ومجموع فتاوى ابن تيمية ٢١١/٢٠.

(١) نيل الأوطار للشوكانيّ ٢١١/٥. وقد سبقت ترجمة أبي داود.

(٢) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٢٠٤/٣.

المبحث السابع

المستثنيات في باب السلم

وفيه مطلب واحد وهو:

استثناء السلم (١) **من النهي عن بيع المعدوم**، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع المعدوم (٢):

القول الأول–ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم (٣) إلى جواز بيع المعدوم في بعض الأحوال، فليس النهي عامًّا في كل معدوم، وقسموه إلى ثلاثة أقسام:

الأول–معدوم موصوف في الذمة، فهذا يجوز بيعه اتفاقًا، وهو السلم.

الثاني–معدوم تبع للموجود، وإن كان أكثر منه، وهو نوعان: نوع متفق عليه، ونوع مُختلَف فيه، فالمتفق عليه بيع الثمار بعد بدو صلاح ثمرة واحدة منها، فاتفق الناس على جواز بيع ذلك الصنف الذي بدا صلاح واحدةٍ منه، وإن كانت بَقِيَّةُ أجزاء الثمار معدومة وقت العقد، ولكن جاز بيعها تبعًا للموجود، والنوع المختلَف فيه كبيع المقاثي وَالمَبَاطِخِ إذا طابت، فهذا فيه قولان.

---

(١) السلم في اللغة: قال ابن منظور: "والسلم، بالتحريك: السلف، وأسلم في الشيء وسلم وأسلف بمعنى واحد، والاسم السلم". لسان العرب ٢٩٥/١٢، وجاء في المصباح المنير للفيوميّ: "السلم في البيع مثل السلف وزنًا ومعنىً"(٢٨٦/١). وفي اصطلاح الفقهاء عرفه الحنفيّة بأنه: "بيع آجل بعاجل". البحر الرائق لابن نجيم ١٦٨/٦، وحاشية الشلبيّ على تبيين الحقائق ١١٠/٤. وعند المالكيّة: "هو بيعٌ يتقدم فيه رأس المال ويتأخر المثمن لأجل". الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقيّ ٣ / ١٩٥. وعند الشافعيّة: "هو عقد على موصوف في الذمة ببدل يعطى عاجلًا". روضة الطالبين للنوويّ ٤ / ٣.وعند الحنابلة: "هو عقد على موصوف في الذمة، مؤجل، بثمن مقبوض في مجلس العقد". المطلع للبعليّ ٢٩٣/١. وهي متفقة في بيان ماهية السلم، وإن اختلفت في بعض الشروط حسب كل مذهب ليس هذا محل بحثها.

(٢) المعدوم في اللغة: أصل الكلمة يدل على فقدان الشيء وذهابه، فهو ضد الموجود. مقاييس اللغة لابن فارس ٢٤٨/٤. ولا يخرج المعنى الاصطلاحيّ عن المعنى اللغويّ للكلمة، فالمعدوم الذي لم يوجد بعد، وربما يوجد في المستقبل، وهو ينافي شرطًا من شروط البيع وهو: أن يكون المبيع موجودًا وقت التعاقد.

(٣) وقد سبقت ترجمتهما.

الثالث–معدوم لا يُدْرَى يحصل أو لا يحصل، ولا ثقة لبائعه بحصوله، بل يكون المشتري منه على خطر، فهذا الذي منع الشارع بيعه لا لكونه معدومًا، بل لكونه غَرَرًا (١).

القول الثاني–ذهب جماهير العلماء من الحنفيّة (٢) والمالكيّة (٣) والشافعيّة (٤) والحنابلة (٥) إلى عدم عدم جواز بيع المعدوم، سواء أكان المعدوم متحقق الوجود في المستقبل عادة أم لا، وسواء أكان فيه غرر ظاهر أم لا، كبيع حبل الحبلة ونحوه.

أدلة القول الأول:

١–عدم الدليل على التحريم، والأصل في المعاملات الإباحة، قال شيخ الإسلام: "ليس في كتاب الله ولا في سنة رسول الله ﷺ ولا في كلام أحد من الصحابة أن بيع المعدوم لايجوز، لا بلفظ عام ولا بمعنى عام، وإنما في السُّنَّةِ النهي عن بيع بعض الأشياء التي هي معدومة كما فيها النهي عن بعض الأشياء الموجودة؛ فليست العلة في المنع لا العدم ولا الوجود، بل الذي وردت به السُّنَّةُ النهي عن بيع الغرر، وهو ما لا يُقْدَرُ على تسليمه، سواءٌ كان موجودًا أو معدومًا كبيع العبد الآبق والبعير الشارد إن كان موجودًا؛ إذ مُوجَبُ البيع تسليم المبيع، فإذا كان البائع عاجزًا عن تسليمه فهو غرر ومخاطرة وقمار فإنه لا يباع إلا بِوَكْسٍ، فإن أمكن المشتري تَسَلُّمُهُ كان قد قَمَرَ البائع، وإن لم يمكنه ذلك قَمَرَهُ البائع، وهكذا المعدوم الذي هو غرر، نُهِيَ عنه لِلغَرَرِ لا لِلعَدَمِ" (٦).

(١) انظر: مجموع الفتاوى لابن تيمية ٥٤٣/٢٠، وزاد المعاد لابن القيم ١١٧/٥–١١٨.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٣٨/٥، وتبيين الحقائق للزيلعيّ مع حاشية الشلبيّ ٨/٤–١٣،٥٠، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٧٩/٥، ومجمع الأنهر لشيخي زاده ٨٥/٢، وحاشية ابن عابدين ٥٨/٥.

(٣) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ١٦٨/٣، والتاج والإكليل لابن المَوَّاق ٢٢٦/٦.

(٤) انظر: الحاوي للماورديّ ٣٢٥/٥، ٣٩٤، والمجموع للنوويّ ٩٧/١٣، ونهاية المحتاج للرمليّ ٤١٠/٣.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة ١٥٥/٤–١٥٧، وكشاف القناع للبهوتيّ ١٦٦/٣.

(٦) إعلام الموقعين لابن القيم ٧/٢.

٢-أن "الشرع صحح بيع المعدوم في بعض المواضع؛ فإنه أجاز بيع الثمر بعد بُدُوِّ صلاحه والحب بعد اشتداده (١)، ومعلوم أن العقد إنما ورد على الموجود والمعدوم الذي لَم يُخْلَقْ بَعْدُ" (٢).

أدلة القول الثاني:

١-أن النبيّ ﷺ نهى عن بيع الغرر (٣)، والغرر: ما انطوى عنه أمره وخفيت عليه عاقبته، والمعدوم قد انطوى عنه أمره فلم يجز بيعه (٤).

يجاب عن استدلالهم:

أن العلة في النهي عن بيع أنواع من المعدوم ليست هي العدم بل الغرر؛ وعليه فلا يُعَدُّ العدم علة يعلل بها في جميع الصور، والغرر ما لا يُقدر على تسليمه سواءً أكان موجودًا أم معدومًا كالعبد الآبق والجمل الشارد (٥).

قال ابن القيم: "وقد ظن بعض الناس أنه إنما نهى عنه؛ لكونه مَعْدُومًا، فقال: لا يصح بيع المعدوم، وَرَوَى في ذلك حديثًا أنه ﷺ "نَهَى عَنْ بَيْعِ الْمَعْدُومِ"، وهذا الحديث لا يُعرف في شيء من كتب الحديث، ولا له أصل، والظاهر أنه مَرْوِيٌّ بِالْمَعْنَى من هذا الحديث (٦)، وَغَلِطَ من ظن أن معناهما واحد، وأن هذا الْمنهيّ عنه في حديث حكيم (٧) وابن عمرو (٨) ﷺ لا يلزم أن يكون

(١) سبق تخريجه.

(٢) إعلام الموقين لابن القيم ٨/٢.

(٣) أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب بطلان بيع الحصاة والبيع الذي فيه غرر ١١٥٣/٣ برقم (١٥١٣).

(٤) انظر: المجموع للنوويّ ٢٥٧/٩.

(٥) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٥٤٣/٢٠.

(٦) يعني حديث النهي عن بيع ما ليس عندك.

(٧) هو حكيم بن حزام بن خويلد بن أسد بن عبد العزى بن قصي القرشيّ الأسديّ، كان مولده قبل الفيل بثلاث عشرة سنة أو اثنتي عشرة سنة على اختلاف في ذلك، عاش حكيم بن حزام في الجاهلية ستين سنة، وفي الإسلام ستين سنة، وتوفي بالمدينة في خلافة معاوية سنة أربع وخمسين، وهو ابن مئة وعشرين سنة، وكان عاقلًا سريًا فاضلا تقيًا سيدًا بماله غنيًا. انظر: الاستيعاب لابن عبد البر ٣٦٢/١-٣٦٣، والسير للذهبيّ ٣-٤٤ وما بعدها.

(٨) أخرج ابن ماجه حديث حكيم في كتاب التجارات، باب النهي عن بيع ما ليس عندك، وعن ربح ما لم يضمن ٧٣٧/٢ برقم (٢١٨٧)، وأخرجهما أبو داود في كتاب البيوع، باب في الرجل يبيع ما ليس عنده ٢٨٣/٣ برقم (٣٥٠٣) و(٣٥٠٤)، وأخرجهما الترمذيّ في أبواب البيوع، باب ما جاء في كراهية بيع ما ليس عندك ٥٢٦/٣ برقم

معدومًا، وإن كان فهو معدوم خاص، فهو كبيع حَبَلِ الْحَبَلَةِ وهو معدوم يتضمن غَرَرًا وَتَرَدُّدًا في حصوله" [١].

٢-أن موجب العقد التسليم عقبه؛ فلا يجوز التأخير.

وقد ناقش ابن تيمية هذا بقوله: "لا نسلم أن هذا موجب العقد: إما أن يكون ما أوجبه الشارع بالعقد، وإما ما أوجبه المتعاقدان على أنفسهما، وكلاهما منتف، فلا الشارع أوجب أن يكون كل بيع مستحق التسليم عقب العقد، ولا العاقدان التزما ذلك، بل تارة يعقدان العقد على هذا الوجه كما إذا باع معينا بدين حال" [٢].

الراجح:

يترجح -والله أعلم-القول الأول؛ لقوة أدلتهم ووجاهتها، ومناقشتهم أدلة المخالفين بما لا يدع فيها مستمسكًا، ولموافقته الأصل العام في المعاملات وهو الإباحة.

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء السلم:

يرد الاستثناء على القول الثاني في المسألة السابقة، فإنهم لما منعوا بيع المعدوم استثنوا السلم من ذلك، واستثناؤهم هذا يتوافق مع الإجماع الذي انعقد على مشروعية السلم، وقد نقل الإجماع على ذلك جمع من أهل العلم كالشافعيّ [٣]، وابن المنذر [٤]،

=(١٢٣٢) و٥٢٧/٣ برقم (١٢٣٤) وقال الترمذيّ: هذا حديث حسن صحيح، كما أخرج النسائيّ حديث حكيم في كتاب البيوع، باب ما ليس عند البائع ٢٨٩/٧ برقم (٤٦١٣).

(١) زاد المعاد ٧١٦/٥.

(٢) مجموع الفتاوى ٥٤٤/٢٠.

(٣) الأم ٩٤/٣.

(٤) نقله عنه ابن قدامة في المغني ٢٠٧/٤، وبرهان الدين ابن مفلح في المبدع ١٧١/٤. وابن المنذر هو: أبو بكر محمد ابن إبراهيم بن المنذر النيسابوريّ، الفقيه نزيل مكة، وصاحب التصانيف، له الإشراف في اختلاف العلماء، وكتاب الإجماع، وغير ذلك، ولد في حدود موت أحمد بن حنبل، وتوفي سنة ٣١٨هـ. انظر: سير أعلام النبلاء ٤٩٠/١٤-٤٩٢.

وابن هبيرة [١] والنوويّ [٢] وابن تيمية [٣] وابن القيم [٤] والزركشيّ [٥] وابن حجر [٦] والعينيّ [٧] وابن الهمام [٨] وابن نجيم [٩] والبهوتيّ [١٠] وغيرهم [١١].

---

(١) اختلاف الأئمة العلماء ٤٠٨/١. وابن هبيرة هو: يحيى بن هبيرة بن محمد بن هبيرة الذهليّ الشيبانيّ، أبو المظفر، من كبار الوزراء في الدولة العباسية، عالم بالفقه والأدب، له نظم جيد، ولد في قرية من أعمال دُجيل (بالعراق) سنة ٤٩٩هـ، وكان مكرمًا لأهل العلم، من مصنفاته: الإشراف على مذاهب الأشراف، والإفصاح عن معاني الصحاح، توفي سنة ٥٦٠هـ. انظر: وفيات الأعيان لابن خلكان ٢٣٠/٦-٢٣٣.

(٢) شرح صحيح مسلم ٤١/١١. وسبقت ترجمة النوويّ.

(٣) مجموع الفتاوى ٤٩٥/٢٩.

(٤) زاد المعاد ٧١٧/٥.

(٥) شرح الزركشيّ ٣/٤. والزركشيّ هو: شمس الدين أبو عبد الله محمد بن عبد الله بن محمد الزركشيّ المصريّ الحنبليّ، كان إمامًا في المذهب، له تصانيف مفيدة، أشهرها شرح الخرقي لم يسبق إلى مثله، وكلامه فيه يدل على فقه نفسي، توفي سنة ٧٧٢هـ. شذرات الذهب لابن العماد ٣٨٤/٨-٣٨٥.

(٦) فتح الباري ٤٢٨/٤. وسبقت ترجمة ابن حجر.

(٧) عمدة القاري ٦١/١٢. والعينيّ هو: هو بدر الدين أبو الثناء وأبو محمد محمود بن القاضي شهاب الدين أحمد بن القاضي شرف الدين موسى بن أحمد بن حسين بن يوسف بن محمود العينتابي الأصل والمولد والمنشأ، المصريّ الدار والوفاة، الحنفيّ المعروف بالعينيّ، ولد سنة ٧٦٢هـ، كان أحد أوعية العلم، وأخذ عنه من لا يحصى، ولما أخرج عنه نظر الأحباس في سنة ثلاث وخمسين، عظم عليه ذلك لقلة موجوده، وصار يبيع من أملاكه وكتبه إلى أن توفي سنة ٨٥٥هـ. انظر: شذرات الذهب لابن العماد ٤١٨/٩-٤٢٠.

(٨) فتح القدير ٧١/٧. وابن الهمام هو: هو كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد بن مسعود السيواسيّ ثم الإسكندريّ المعروف بابن الهمام الحنفيّ، ولد سنة تسعين وسبع مئة، وكان علامة في الفقه والأصول والنحو والتصريف والمعاني والبيان والتصوف، وله تصانيف منها: شرح الهداية سماه فتح القدير للعاجز الفقير، وصل فيه إلى أثناء الوكالة، وله مختصر في الفقه سماه زاد الفقير، مات سنة ٨٦١هـ. انظر: شذرات الذهب لابن العماد ٤٣٧/٩-٤٣٩.

(٩) البحر الرائق ١٦٩/٦. وابن نجيم هو: زين الدين بن إبراهيم بن محمد بن محمد الشهير بابن نجيم الحنفيّ، كان عمدة العلماء العاملين، وختام المحققين والمفتين، له تعليق على الهداية، وحاشية على جامع الفصولين، وغير ذلك، وتوفي سنة ٩٧٠هـ. انظر: الطبقات السنية للغزيّ ٢٨٩/١، وشذرات الذهب لابن العماد ٥٢٣/١٠.

(١٠) كشاف القناع ٢٨٩/٣. والبهوتيّ هو: منصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن أحمد بن علي بن علي ابن إدريس أبو السعادات البهوتيّ، شيخ الحنابلة بمصر المحروسة، وخاتمة علمائهم بها، ومن مصنفاته المفيدة كتاب شرح الإقناع، وحاشية على الإقناع، وشرح على منتهى الإرادات، كانت وفاته سنة ١٠٥١هـ. انظر: خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر للحمويّ ٤٢٦/٤.

(١١) ورُوِيَ في ذلك خلاف شاذ لابن مسعود وابن المسيب، ويمكن أن يستدل لهما على ذلك بما استدل به الجمهور على تحريم بيع المعدوم، ثم إنه قد ثبت عن ابن المسيب خلاف ذلك وإجازته السلم في الثياب والحنطة والحيوان، فربما يكون ذلك رجوعًا منه، وعلى فرض عدم رجوعه فتبقى الحجة في ثبوت النص ولا عبرة بخلافهما،

مستند الإجماع:

١-قول الله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا إِذَا تَدَايَنْتُمْ بِدَيْنٍ إِلَى أَجَلٍ مُسَمًّى﴾ (١).

وجه الدلالة: ما جاء عن ابْنُ عَبَّاسٍ رضي الله عنهما قال: "أَشْهَدُ أَنَّ السَّلَفَ الْمَضْمُونَ إِلَى أَجَلٍ مُسَمّىً قَدْ أَحَلَّهُ اللَّهُ فِي الْكِتَابِ وَأَذِنَ فِيهِ" ثم ذكر هذه الآية (٢).

٢-ما جاء عن ابن عباس رضي الله عنهما قال: قدم النبيّ ﷺ المدينة، وهم يسلفون في الثمار السنة والسنتين، فقال: «من أسلف في تمر، فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم» (٣)، وهو نص صريح في جواز السلم إذا تحققت شروطه.

الراجح:

سبق أن رجحت في المسألة السابقة أن الوجود والعدم ليس علة في النهي لما تقرر سابقًا، وأن المعدوم الموصوف في الذمة جائز بالاتفاق؛ ومِنْ ثَمَّ فلا حاجة لهذا الاستثناء؛ لأنه لم يدخل في الخلاف في النهي عن بيع المعدوم الذي يقول به الجمهور.

سبب الاستثناء:

النص، وهو يتضح بمستند الإجماع الذي ذكرته آنفًا.

=والحق أحق أن يتبع، ولعله لم يبلغهما الدليل. انظر: مصنف ابن أبي شيبة في كتاب البيوع والأقضية، في السلف في الشيء اليسير الذي ليس في أيدي الناس ٣٠٩/٤ برقم (٢٠٤٨١)، اختلاف الفقهاء للطبريّ ٩٣/١-٩٤، والمحلى لابن حزم ٤١/٨.

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

(٢) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، في كتاب البيوع، باب لا سلف إلا إلى أجل معلوم ٥/٨ برقم (١٤٠٦٤)، والطبريّ في تفسيره ٤٥/٦، والحاكم في مستدركه في كتاب التفسير ٣١٤/٢ برقم (٣١٣٠) وقال: "هَذَا حَدِيثٌ صَحِيحٌ عَلَى شَرْطِ الشَّيْخَيْنِ وَلَمْ يُخْرِجَاهُ".

(٣) أخرجه البخاريّ في كتاب السلم، باب السلم في كيل معلوم ٨٥/٣ برقم (٢٢٣٩)، وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة والمزارعة، باب السلم ١٢٢٦/٣ برقم (١٦٠٤) واللفظ لمسلم.

ويُعَدّ الإجماع سببًا ثانيًا للاستثناء [1]، ويتضح ذلك في نقل العلماء الحفاظ له.

كما تُعَدُّ المصلحة سببًا ثالثًا للاستثناء؛ لأن السلم فيه مصلحة للبائع والمشتري، فمصلحة البائع بتعجيل الثمن له للاستعانة به على مصالح الزرع أو نفقات المعيشة، ومصلحة المشتري بالاسترباح في المبيع؛ لأنه سيكون نازلًا في السلم، كما يمكن عَدُّ الاستحسان سببًا رابعًا للاستثناء؛ لأننا عدلنا عن مقتضى القياس، وهو عدم تجويز السلم؛ لأنه عقد على معدوم وقت العقد، فعدلنا عن هذا الحكم إلى حكم الجواز للخبر والإجماع على جواز السلم.

القاعدة الفقهيّة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "الحاجة تُنزل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "المشقة تجلب التيسير" [2]، وفي هذا يقول ابن الهمام: "وجب المصير إليه–أي السلم–بالنص والإجماع للحاجة من كلٍّ من البائع والمشتري، فإن المشتري يحتاج إلى الاسترباح لنفقة عياله وهو بالسلم أسهل؛ إذ لا بد من كون المبيع نازلا عن القيمة فيربحه المشتري، والبائع قد يكون له حاجة في الحال إلى السلم وقدرة في المآل على المبيع بسهولة فتندفع به حاجته الحالية إلى قدرته المالية فلهذه المصالح شرع" [3].

---

(١) وقد قدمت النص على الإجماع خلافًا لما يذكره الأصوليّون من أن الإجماع أقوى من النص في الحجية، وفي هذا يقول ابن القيم في إعلام الموقعين ٢ / ١٧٥: "ولم يزل أئمة الإسلام على تقديم الكتاب على السنة، والسنة على الإجماع وَجَعْلِ الإجماع في المرتبة الثالثة، قال الشافعيّ: "الحجة كتاب الله وسنة رسوله واتفاق الأئمة". وقال–أي الشافعيّ–في كتاب اختلافه مع مالك: "والعلم طبقات، الأولى: الكتاب والسنة الثابتة، ثم الإجماع فيما ليس فيه كتاب ولاسنة، الثالثة: أن يقول الصحابيّ: فلا يعلم له مخالف من الصحابة، الرابعة: اختلاف الصحابة، والخامسة: القياس" فقدَّم النظر في الكتاب والسنة على الإجماع، ثم أخبر أنه إنما يُصَارُ إلى الإجماع فيما لم يُعْلَمْ فيه كتابًا ولا سنة، وهذا هو الحق" وانظر: الأم للشافعيّ ٢٨٠/٧.

(٢) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ٧٨/١.

(٣) فتح القدير ٧١/٧. وسبقت ترجمة ابن الهمام.

المبحث الثامن

المستثنيات في باب الشركة

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول–استثناء ما دون النصف من عدم صحة شركة العنان بالمغشوش من الأثمان.

المطلب الثاني–استثناء السفر المخوف من جواز السفر بالمال للمضارِب.

المطلب الثالث–استثناء إذا كان المضارب الأول يتضرر بمضاربة المضارِب لآخر من جواز مضاربته لآخر.

المطلب الرابع–استثناء الشركة في اكتساب المباحات وحال اختلاف الصنائع والمكان من صحة شركة الأبدان.

المطلب الأول

استثناء ما دون النصف من عدم صحة شركة العنان [1] بالمغشوش [2] من الأثمان

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم شركة العنان بالمغشوش من الأثمان:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول–وهو قول الحنفيّة ووجه عند الشافعيّة والمذهب عند الحنابلة وهو عدم جواز شركة العنان بالمغشوش من الأثمان [3].

---

(١) العَنَان في اللغة: جاء في لسان العرب لابن منظور(١٣-٢٩٠): "عَنَّ الرَّجُلُ يَعِنُّ عَنًّا وعَنَنًا إِذا اعترض لك من أَحد جانبيّك من عن يمينك أو من عن شمالك بمكروه، والعَنُّ: المصدر، والعَنَنُ: الاسم، وهو الموضع الذي يَعُنُّ فِيهِ العانُّ؛ ومنه سُمِّيَ العِنانُ مِنَ اللِّجَامِ عِنانًا؛ لأنه يعترضه من ناحيتيه لا يدخل فمه منه شيء".
وفي اصطلاح الفقهاء عرفها الحنفيّة: بأن يشترك اثنان في نوع بر أو طعام، أو يشتركان في عموم التجارات ولا يذكران الكفالة. فتح القدير لابن الهمام ١٧٦/٦. وعرفها المالكيّة: "بأَن يجعل كل واحد من الشَّرِيكَيْنِ مالًا ثمَّ يخلطاه أَو يجعلاه فِي صندوق وَاحِد، ويتجرا به مَعًا، وَلَا يستبد أَحدهمَا بِالتَّصَرُّفِ دون الآخر". انظر: الكافي لابن عبد البر ٧٨٣/٢، والقوانين الفقهيّة لابن جزيّ ١٨٧/١. وعرفها الشافعيّة: بأن يخرج كل واحد منهما مالًا مثل مال صاحبه، ويخلطاه فلا يتميز، ويأذن كل واحد منهما لصاحبه أن يتجر بالمال فيما رأى من صنوف الأمتعة، على أن يكون الربح بينهما على قدر المالين والخسران كذلك. الحاوي للماورديّ ٤٧٣/٦. وعرفها الحنابلة: بأن يشترك اثنان فأكثر بماليهما، ليعملا فيه ببدنيهما وربحه بينهما، أو يعمل أحدهما بشرط أن يكون له من الربح أكثر من ربح ماله. كشاف القناع للبهوتيّ ٤٩٧/٣، فهذه التعريفات متفقة في بيان ماهية شركة العنان، وإنما الاختلاف في بعض الشروط والقيود حسب كل مذهب ليس هذا محل بحثها.

(٢) قال الأزهريّ: "والغِشُّ: نقيضُ النُّصْح، وَهُوَ مأخوذٌ من الْغَشَشِ، وَالشُّرْبُ الغِشاشُ: هو غيرُ المريءِ؛ لأَنَّ الماءَ ليس بصافٍ وَلَا عَذْبٍ، فَلَا يَسْتَمْرِئُهُ شاربُهُ" تهذيب اللغة ٦/٨ مادة (غشّ). والأثمان المغشوشة: هي غير الصافية بأن خُلِط مع الذهب أو الفضة معدن آخر.

(٣) انظر: فتح القدير لابن الهمام ١٧٤/٦، وروضة الطالبين للنوويّ ٢٧٦/٤، وتحفة المحتاج للهيتميّ ٢٨٦/٥، وإعانة الطالبين للدمياطيّ ١١٩/٣، والمغني لابن قدامة ١٤/٥، وشرح منتهى الإرادات للبهوتيّ ٢١٠/٢.

القول الثاني–وهو قول المالكيّة [1] والصحيح من مذهب الشافعيّة [2] ووجه عند الحنابلة [3] وهو جواز شركة العنان بالمغشوش من الأثمان.

أدلة القول الأول:

١–لأن الغش الذي فيها يُعَدُّ عرضًا، والعروض قيمتها تزيد وتنقص، والقول بجوازه يؤدي إلى استحقاق الإنسان ربح ما لم يضمن، وهو منهيّ عنه؛ لأن الشريك إذا باع العرض بربح فإنه سيناله شيء من الربح بحكم الشركة، وهذا العرض لم يكن في ضمانه، وربح الإنسان ما لم يضمن منهيّ عنه [4].

٢–أن المغشوش عادة لا ينضبط، وهو ما يؤول بالشريكين إلى النزاع غالبًا، فالقول بتحريمه فيه حسم للنزاع وسد لذريعة الخلاف.

أدلة القول الثاني:

١–لأنه لا يخلو منه الذهب والفضة غالبًا لتصليبهما، فهو لمصلحتهما، وهو متعارف عليه عند الناس قديمًا في تعاملاتهم [5].

٢–أنها كالعروض، ويجوز جعل رأس مال الشركة عروضا عند المالكيّة وبعض الشافعيّة [6].

الراجح:

يترجح –والله أعلم–القول الأول؛ وذلك لأن درء المفاسد مقدم على جلب المصالح، وكل ما يؤدي إلى نزاع واختلاف فإن قاعدة الشريعة تمنع منه.

---

(١) انظر: الذخيرة للقرافيّ ٢١/٨، وحاشية الدسوقيّ ٣٤٩/٣، ومنح الجليل لعليش ٢٥٣/٦.

(٢) وقيَّد الشافعيّة الجواز بالمغشوش الرائج. انظر: تحفة المحتاج للهيتميّ ٢٨٦/٥، ومغني المحتاج للشربينيّ ٢٢٦/٣.

(٣) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٥/١٤.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٢٠٨/٢.

(٥) انظر: الشركات في الفقه الإسلاميّ للدكتور رشاد حسن خليل ص٧٣.

(٦) انظر: الحاوي للماورديّ ٤٧٤/٦.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما دون النصف:

يَرِدُ الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة، فهم اتفقوا على عدم الجواز فيما إذا كان الغش كثيرًا، واختلف الحنفيّة والحنابلة فيما ليس بكثير على قولين:

القول الأول–ذهب الحنابلة إلى جواز شركة العنان بالمغشوش من الأثمان إذا كان الغش قليلًا لمصلحة النقد كالحبة ونحوها [١].

القول الثاني–ذهب الحنفيّة إلى جواز شركة العنان بالمغشوش من الأثمان إذا كان الغش أقل من النصف [٢].

دليل القول الأول:

١–أنه لا يمكن التحرز منه وهو لمصلحة تصليب النقد، وهو لا اعتبار به لقلته، ولا يؤثر في الربا وغيره [٣].

دليل القول الثاني:

١–أن الاعتبار بالأغلب في كثير من الأصول، وما دون النصف ليس بغالب فلا اعتبار له.

الراجح:

رجحنا في المسألة السابقة عدم جواز شركة العنان في المغشوش من الأثمان؛ ومن ثَمَّ فلا يجوز منه إلا ما فيه مصلحة للنقد لتصلبيه، وهو متحقق في القليل، ولا حاجة لما تجاوز القليل وإن كان دون النصف؛ لأنه إنما جاز للضرورة، والضرورة تقدر بقدرها.

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٥/١٤. والروض المربع للبهوتيّ مع حاشية ابن قاسم ٢٤٦/٥.

(٢) فتح القدير لابن الهمام ١٧٤/٦.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٥/١٤. والروض المربع للبهوتيّ مع حاشية ابن قاسم ٢٤٦/٥.

سبب الاستثناء:

يتبين من أدلة القول الأول أن الاستثناء سببه (المصلحة) وهي مصلحة تصليب النقد؛ لأنه إذا لم يُصَلَّب صار لينًا.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "الضرورات تقدر بقدرها" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "المشقة تجلب التيسير"، وبيان ذلك: أن شركة العنان بالمغشوش من الأثمان لا تجوز، ورخصنا في القليل لمصلحة النقد من باب الضرورة بقدر ما يكفي لتصليبه، ولا يجوز ما عدا ذلك[١].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ٧٣/١.

المطلب الثاني

استثناء السفر المخوف من جواز السفر بالمال للمضارِب

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم السفر بالمال للمضارِب:

تحرير محل النزاع:

١–إذا نهى رب المال المُضاربَ عن السفر فلا يجوز أن يسافر بالمال إجماعًا.

٢–إذا أَذِن رب المال للمضارب بالسفر فيجوز له السفر إجماعًا [١].

٣–أذا أطلق رب المال فلم يأذن ولم ينه عن السفر، فقد اختلف الفقهاء في جواز سفره بالمال على قولين:

القول الأول–ذهب الحنفيّة والمالكيّة إلى جواز سفر المضارب بالمال وهو قول مرجوح في مذهب الشافعيّة ووجه عند الحنابلة [٢].

القول الثاني–ذهب الشافعيّة إلى عدم جواز سفر المضارب بالمال، وهو وجه عند الحنابلة أيضًا[٣].

---

(١) انظر: الحاوي للماورديّ ٣١٧/٧، وتكملة المجموع للمطيعي ٣٧٣/١٤، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٨٠/١٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٨٨/٦، وبداية المجتهد لابن رشد ٢٥/٤، ومواهب الجليل للحطاب ٣٦٨/٥، وروضة الطالبين للنوويّ ١٣٤/٥، والمغني لابن قدامة ٣٠/٥.

(٣) انظر: روضة الطالبين للنوويّ ١٣٤/٥، ومغني المحتاج للشربينيّ ٤١١/٣، وتكملة المجموع للمطيعي ٣٧٣/١٤، والمغني لابن قدامة ٣٠/٥.

أدلة القول الأول:

١-لأن المضاربة مشتقة من الضرب في الأرض وهو السير، قال تعالى: ﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾(١)، فملك ذلك بمطلقها.

٢-ولأن الإذن المطلق ينصرف إلى ما جرت به العادة، والعادة جارية بالتجارة سفرًا وحضرًا (٢).

٣-ولأن المقصود من العقد استنماء المال، وهو بالسفر أوفر (٣).

أدلة القول الثاني:

١-مَا رُوِيَ عن النبيّ ﷺ أنه قال: «الْمُسَافِرُ وَأَهْلُهُ عَلَى قَلَتٍ إِلَّا مَا وَقَى اللَّهُ» (٤) يعني: على خطر، والمضارب لا يجوز له أن يخاطر بالمال (٥).

يجاب عنه: أن الحديث ضعيف جدًا لا تقوم به حجة (٦).

٢-ولأنه مؤتمن فلم يجز أن يسافر بالمال كالوكيل (٧).

يجاب عنه: أن الأصل في الأمانات أن الأمين يتصرف لمصلحتها ولا يضمن إلا في حال التعدي أو التفريط، فإذا رأى المضارب أن السفر فيه مصلحة للمال فإن عمله جائز ما لم يخالف نصًا شرعيًّا، ولا يضمن إلا في حال التعدي أو التفريط.

---

(١) سورة المزمل: الآية ٢٠.

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٨٠/١٤.

(٣) بدائع الصنائع للكاسانيّ ٨٨/٦

(٤) ذكره ابن قتيبة في غريب الحديث حكاية عن الأصمعي عن رجل من الأعراب ٥٦٤/٢، وابن الأثير في النهاية ٩٨/٤، قال ابن حجر في التلخيص: " وَقَدْ أنكره النوويّ فِي شرح المهذب فقال: ليس هذا خبرًا عن النبيّ ﷺ وإنما هو من كلام بعض السلف، قيل: إنه علي بن أبي طالب" ٢١١/٣ ولم أقف عليه، وقال الألبانيّ في الإرواء: " ضعيف جدًا، أخرجه السلفيّ في "أخبار أبى العلاء المعريّ" من طريق المعري هذا، وحاله معروف". ٣٨٣/٥.

(٥) انظر: تكملة المجموع للمطيعي ٣٧٣/١٤، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٨٠/١٤.

(٦) فتاوى ابن تيمية ٢٥٠/١.

(٧) مغني المحتاج للشربينيّ ٤١١/٣.

الراجح:

يترجح -والله أعلم-القول الأول؛ لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة.

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء السفر المخوف:

يرد الاستثناء على أصحاب القول الأول، فاستثنوا جميعًا حالة واحدة لا يجوز للمضارب فيها السفرُ بالمال، وهي ما إذا كان السفر مخوفًا [1]، ودليلهم عليه: أن السفر المخوف يعد تعديًا من المضارب؛ لأنه فعل ما ليس له فعله؛ إذ الأصل أن تصرفات المضارب منوطة بالمصلحة، فإذا تصرف بما يرجع على رب المال بالضرر فإنه تعدٍ يوجب عليه الضمان حالة التلف [2].

الراجح:

يظهر -والله أعلم-صحة الاستثناء؛ لأن السفر المخوف يضر برب المال في حال تلف ماله، والشريعة جاءت بمنع الضرر قبل وقوعه، كما أن تلف المال يسبب النزاع بين رب المال والمضارب، فالقول بمنع السفر المخوف للمضارب فيه حسم للنزاع وقطع للخلاف، وهو مقصد شرعيّ عظيم.

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أن منع سفر المضارب إذا كان السفر مخوفًا إنما كان لمصلحة المال وصيانة له من الضرر المظنون والغالب، وهذه المصلحة تعود على رب المال والمضارب جميعًا بحفظ مال شركتهما.

---

(١) الفتاوى الهندية ٢٩٣/٤، وشرح مختصر خليل للخرشيّ ٢١٠/٦، وروضة الطالبين للنوويّ ١٣٤/٥، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٨٠/١٤.

(٢) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٨٠/١٤.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار"؛ لأن السفر المخوف فيه إضرار للشريكين بتلف مال الشركة؛ فلذلك مُنِعَ المضارب من السفر، وفي حال سفره وتلف المال فإنه يكون ضامنًا لما تلف؛ لأنه تعدى بفعل ما ليس له فعله [١].

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ١/١٦٥.

المطلب الثالث

استثناء إذا كان المضارب الأول يتضرر بمضاربة المضارِب لآخر من جواز مضاربته لآخر

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم مضاربة المضارِب لآخر:

اتفقت المذاهب الأربعة في الجملة على جواز أخذ المضارب مالًا آخر ليضارب به[(١)]، ودليلهم على ذلك:

١–أن المضارب بمنزلة الأجير المشترك، فيجوز له أخذ مال آخر ليضارب فيه لإمكان العمل لكل واحد منهما في ذلك الوقت.

وهذا القول لا يوجد له مخالف كما ذكر ابن قدامة [(٢)].

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء إذا كان المضارِب الأول يتضرر:

استثنى المالكيّة والحنابلة حالة واحدة من المسألة السابقة وهي ما إذا كان رب المال في الشركة الأولى سيتضرر من مضاربة المضارب لآخر، مثل أن يكون المال الثاني كثيرًا يحتاج إلى أن يقطع زمانه ويشغله عن التجارة في الأول، أو يكون المال الأول كثيرًا فإذا انشغل بغيره عنه انقطع عن بعض تصرفاته، فمنعوا المضارب هنا من المضاربة لآخر [(٣)]، واستدلوا على ذلك بما يأتي:

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٤٥١/٨، والمدونة للإمام مالك ٦٤٥/٣، ومواهب الجليل للحطاب ٣٦٧/٥، وحاشية الدسوقيّ ٥٢٩/٣، ومغني المحتاج للشربينيّ ٤٠٧/٣، والمغني لابن قدامة ٣٧/٥.

(٢) انظر: المراجع السابقة، وقد سبقت ترجمة ابن قدامة.

(٣) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٣٦٧/٥، والمغني لابن قدامة ٣٧/٥.

١–أن المضاربة تكون على الحظ والنماء، فإذا فعل ما يمنع ذلك لم يكن له، كما لو أراد التصرف بالعين في غير ما وضعت له [١].

٢–أن قاعدة الشريعة المنع من كل ما فيه ضرر، ولا يجوز لأحد أن يوقع الضرر على أحد بلا مسوغ شرعيّ [٢].

الراجح:

يترجح –والله أعلم–صحة الاستثناء؛ لموافقته قاعدة الشرع في منع الضرر، كما أن فيه قطعًا للنزاع بين المضارب ورب المال وهذا مقصد شرعيّ عظيم.

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أن منع المضارب من المضاربة لآخر في حال تضرر الأول إنما هو لمصلحة رب المال الأول؛ لأن منع الضرر هو في حقيقته مصلحة لرب المال.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار" [٣]، وهو واضح جليّ في صورة المسألة؛ ولذلك يزول المنع إذا انتفى الضرر باتفاق المذاهب الأربعة.

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٩٦/١٤.

(٢) نيل الأوطار للشوكانيّ ٣١١/٥.

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ١٦٥/١.

المطلب الرابع

استثناء الشركة في اكتساب المباحات وحال اختلاف الصنائع والمكان من صحة شركة الأبدان (١)

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم شركة الأبدان:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول–ذهب جماهير العلماء من الحنفيّة والمالكيّة وهو وجه ضعيف عند الشافعيّة والمذهب عند الحنابلة إلى صحة شركة الأبدان (٢).

القول الثاني–ذهب الشافعيّة إلى أن شركة الأبدان باطلة (٣).

(١) سميت شركة الأبدان بهذا الاسم لأن العمل يكون من الشريكين بأبدانهما غالبًا، أما المراد بها في اصطلاح الفقهاء فقد عرفها الحنفيّة: بأن يشتركا على أن يتقبلا الأعمال ويكون الكسب بينهما كالخياطين والصباغين. انظر: فتح القدير لابن الهمام ١٨٦/٦. وعرفها المالكيّة بأنها: اتفاق شخصين فأكثر متحدي الصنعة، أو متقاربيها على العمل، وما يحصل يكون على حسب العمل. انظر: الفواكه الدواني لشهاب الدين الأزهريّ ١٢٠/٢. وعرفها الشافعيّة بأنها: اشتراك بين محترفين على أن كسبهما بينهما متساويًا أو متفاوتًا مع اتفاق الصنعة أو اختلافها. انظر: مغني المحتاج للشربينيّ ٢٢٢/٣. وعرفها الحنابلة: بأن يشترك اثنان أو أكثر فيما يكسبونه بأيديهم كالصناع يشتركون على أن يعملوا في صناعتهم، أو يشتركون فيما يكسبونه من المباح كالاصطياد. انظر: المغني لابن قدامة ٤/٥. وهي متفقة في بيان ماهية الشركة واختلفت في بعض الشروط ليس هذا محل بحثها.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٥٤/١١، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٣٢١/٣، والعناية شرح الهداية للبابرتي ١٨٢/٦، وبداية المجتهد لابن رشد ٣٨/٤، والتاج والإكليل لابن المواق ٩٦/٧، وحاشية الدسوقيّ ٣٦١/٣، وروضة الطالبين للنوويّ ٢٧٩/٤، والمغني لابن قدامة ٤/٥، وكشاف القناع للبهوتيّ ٥٢٧/٣.

(٣) انظر: روضة الطالبين للنوويّ ٢٧٩/٤، ومغني المحتاج للشربينيّ ٢٢٣/٣.

أدلة القول الأول:

١–قوله تعالى: ﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾ (١)، وجه الاستدلال: أن اشتراك الغانمين في المغانم من قبيل المشاركة بالأعمال، فهم إنما استحقوا الغنيمة بالعمل، وهو الجهاد في سبيل الله.

٢–ما جاء عن أبي عبيدة (٢)، عن عبد الله بن مسعود قال: "اشتركنا يوم بدر أنا وعمار وسعد فيما أصبنا يوم بدر، فأما أنا وعمار فلم نجئ بشيء، وجاء سعد بأسيرين" (٣)، ومثل هذا لا يخفى عن رسول الله ﷺ وقد أقرهم (٤).

اعترض عليه: بأن الحديث مرسل، فلا يحتج به.

يجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول–أن الحديث وإن كان مرسلًا فإن جمهور الفقهاء من الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة يرون أن العمل بالحديث المرسل حجة، فيصح الاستدلال به (٥).

الوجه الثاني–قال ابن تيمية: "ويقال إن أبا عبيدة لم يسمع من أبيه؛ لكن هو عالم بحال أبيه، متلق لآثاره من أكابر أصحاب أبيه، وهذه حال متكررة من عبد الله رضي الله عنه فتكون مشهورة عند أصحابه، فيكثر المتحدث بها، ولم يكن في أصحاب عبد الله من يتهم عليه حتى يخاف أن يكون هو الواسطة؛ فلهذا صار الناس يحتجون برواية ابنه عنه وإن قيل إنه لم يسمع من أبيه" (٦).

---

(١) سورة الأنفال: الآية ٤١.

(٢) هو أبو عبيدة بن عبد الله بن مسعود، مشهور بكنيته، والأشهر أنه لا اسم له غيرها، ويقال اسمه عامر كوفيّ، ثقة من كبار الثالثة، مات قبل المئة بعد سنة ثمانين. تقريب التهذيب لابن حجر ٦٥٦/١.

(٣) أخرجه أبو داود في سننه، في كتاب البيوع، باب في الشركة على غير رأس مال ٢٥٧/٣ برقم (٣٣٨٨)، والنسائيّ في كتاب المزارعة، باب شركة الأبدان ٥٧/٧ برقم (٣٩٣٧)، قال ابن حجر في تقريب التهذيب ٦٥٦/١: "والراجح أنه لا يصح سماعه من أبيه".

(٤) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٥٩/١٤.

(٥) انظر: جامع التحصيل في أحكام المراسيل للعلائي ٣٣/١، ققو الأثر لابن الحنبليّ ٥٥/١.

(٦) مجموع الفتاوى ٤٠٤/٦، وللطحاويّ في شرح معاني الآثار كلام قريب من كلام ابن تيمية ٩٥/١.

٣–أن الناس ما زالوا يتعاملون بهذه الشركة من زمن الرسول ﷺ إلى يومنا هذا من غير أن ينكر ذلك أحد، فيكون هذا إجماعًا سكوتيًا [(١)].

أدلة القول الثاني:

١–أن المقصود من الشركة الربح، والربح يستدعي وجود المال، وهذا النوع من الشركات قائم على غير مال، فلم تصح لعدم تحقق مقصود الشركة منها [(٢)].

يجاب عنه: بأن شركة الأموال شرعت لتنمية المال، وأما شركة الأبدان فما شرعت لتنمية المال، بل لتحصيل أصل المال، والحاجة إلى تحصيل أصل المال فوق الحاجة إلى تنميته، فلما شرعت لتحصيل الوصف فلأن تشرع لتحصيل الأصل أولى [(٣)].

٢–أن شركة الأبدان تنطوي على غرر كثير وجهالة كبيرة؛ لأن كل واحد من الشركاء يجهل حقيقة عمل صاحبه؛ لأنه متميز ببدنه ومنافعه [(٤)].

يجاب عنه: بعدم التسليم؛ لأن شركة الأعمال تنعقد برضا الشركاء وإدراك كل واحد منهما لحقيقة العمل فيها، وأما الجهالة فإنها يسيرة لا تفضي إلى النزاع فلا اعتبار بها؛ لأن مثل هذه الجهالة ترد في شركة العنان التي يجهل فيها الشركاء مقدار ما يربحونه ومع ذلك لم يقل أحد من الفقهاء بمنع هذه الشركة اعتمادًا على أن الواجب معرفته بالنسبة للربح إنما هو نصيب كل من الشركاء فيه.

---

(١) انظر: تحفة الفقهاء للسمرقنديّ ٣/١١.

(٢) انظر: مغني المحتاج للشربينيّ ٣/٢٢٣.

(٣) الشركات في الفقه الإسلاميّ للدكتور رشاد حسن خليل ص١٣٦.

(٤) انظر: نهاية المحتاج للرمليّ ٥/٤.

الراجح:

يترجح –والله أعلم–القول الأول وهو جواز شركة الأبدان؛ لأن الأصل في المعاملات الإباحة، ولم يرد ما يحظر هذا ويمنعه، كيف وقد جاء ما يعضد هذا الأصل، ولحاجة الناس إلى مثل هذه الشركة (١).

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الشركة في اكتساب المباحات وحال اختلاف الصنائع والمكان:

يرد الاستثناء على القائلين بالجواز في المسألة السابقة، فهم اتفقوا على الجواز واختلفوا في استثناء بعض الصور على التفصيل الآتي:

أولًا–التحقيق في استثناء الشركة في اكتساب المباحات:

ذهب الحنفيّة إلى أن شركة الأبدان في اكتساب المباحات كالاصطياد والاحتطاب شركة فاسدة (٢) ولا تصح، ودليلهم على ذلك: أن الشركة مقتضاها الوكالة، ولا تصح الوكالة في هذه الأشياء؛ لأن سبب ثبوت الملك في المباحات الأخذ والاستيلاء، فمن أخذها ملكها، وشرط تحقق الوكالة أن يكون الموكَل به حيث لا يملكها الوكيل من دون أمر الموكِل، وفي المباحات يملكها الوكيل بلا توكيل، فلم تصح الشركة لعدم صحة الوكالة (٣).

يجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول–لا نسلم أن الوكالة لا تصح في المباحات؛ وذلك لأن الشخص يصح له أن يستنيب غيره في الحصول على المباحات بغير عوض، فكذلك يصح بالأجرة، كالتوكيل في بيع ماله.

---

(١) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٩٨/٣٠، وإعلام الموقعين لابن القيم ٢٥٩/١.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٦٣/٦،

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٣٢٢/٣–٣٢٣، والبحر الرائق لابن نجيم ١٩٧/٥.

الوجه الثاني–يُستدل بعموم النصوص التي أثبتت شركة الأبدان والتي سبق ذكرها ومنها ما جاء عن عبد الله بن مسعود قال: "اشتركنا يوم بدر أنا وعمار وسعد فيما أصبنا يوم بدر، فأما أنا وعمار فلم نجئ بشيء، وجاء سعد بأسيرين" (١) وهؤلاء اشتركوا فيما هو مباح وليس بصناعة (٢).

الراجح:

يترجح –والله أعلم–عدم صحة الاستثناء؛ لضعف دليل القائلين به، ولمناقشته بما لا يدع فيه مستمسكًا، ولعموم الأدلة التي أجازت شركة الأبدان، ولمخالفته الأصل في المعاملات وهو الحل.

سبب الاستثناء:

يظهر –والله أعلم–أن سبب الاستثناء أن الحنفيّة استصحبوا حكم الوكالة على الشركة؛ لأن الشركة مقتضاها الوكالة، والوكالة عندهم لا تصح في المباحات، فاستصحبوا الحكم على الشركة في المباحات.

ثانيًا–التحقيق في استثناء الشركة حال اختلاف الصنائع والمكان:

ذهب المالكيّة إلى أن اختلاف الصنائع أو اختلاف المكان لا تصح معه شركة الأبدان(٣)، ودليلهم على ذلك:

١–أن مقتضى الشركة أن ما يتقبله كل واحد منهما من العمل يلزمهما، ويُطالب به كل واحد منهما، فإذا تقبل أحدهما شيئًا مع اختلاف صنائعهما لم يمكن للآخر أن يقوم به، فكيف يلزمه عمله؟ أم كيف يُطالب بما لا قدرة له عليه؛ ومن ثَمَّ يكون العقد مشتملًا على غرر، وقد نهى

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٦١/١٤.

(٣) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٣٨/٤، والتاج والإكليل لابن المواق ٩٦/٧، وحاشية الدسوقيّ ٣٦١/٣.

النبيّ ﷺ عن الغرر [١]، أما إذا كانت الصنعة واحدة، أو كانت متلازمة بحيث لا تقوم صناعة أحدهما إلا بالأخرى، وكانا يعملان في موضع واحد فالشركة بينهما متحققة تمامًا [٢].

يجاب عنهم:

أن التفريق الذي ذكروه تحكم لا دليل عليه، وما ذكروه من غرر فإنه يمكن حصوله عند اتفاق الصنائع، فقد يكون أحدهما أحذق وأمهر في الصنعة من الآخر، فربما يتقبل أحدهما ما لا يمكن للآخر عمله، ولم يمنع ذلك من صحتها، مع أنه لا يلزم من تَقَبُل العمل القيام به بنفسه، بل له أن ينجزه بأعوانه أو أجرائه [٣].

الراجح:

يترجح –والله أعلم–عدم صحة الاستثناء؛ لعدم الدليل عليه، ولمخالفته الأصل في المعاملات وهو الحل.

سبب الاستثناء:

النص وهو ظاهر باستدلالهم بنهي النبيّ ﷺ عن الغرر، كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا ثانيًا لهم؛ لأن الغرر منهيّ عنه لمصلحة المتعاقدين.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار" [٤]، وذلك يتضح في الغرر الذي هو علة المنع عند من يقول بالاستثناء.

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) انظر: المراجع السابقة.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٦/٥.

(٤) انظر: غمز عيون البصائر لشهاب الدين الحسينيّ ٢٧٥/١، وشرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ١٦٥/١.

المبحث التاسع

المستثنيات في باب المساقاة

وفيه مطلب واحد هو:

استثناء النخل والكرم [1] من عدم جواز المساقاة [2]، وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم المساقاة:

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء من الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة والحنابلة على أن المساقاة على الشجر غير المثمر أو ما ثمرته غير مقصودة لا تصح [3]، واختلفوا في المساقاة على الشجر المثمر المأكول على قولين:

---

(١) الكرم هو العنب. مقاييس اللغة لابن فارس ١٧٢/٥.

(٢) المساقاة لغة: مفاعلة من السقي، وهو أن يدفع الرجل شجره إلى آخر ليقوم بسقيه، وعمل سائر ما يحتاج إليه، بجزء معلوم له من ثمره. انظر: تهذيب اللغة للأزهريّ ١٨٢/٩، والمطلع على ألفاظ المقنع للبعليّ ٣١٤/١.

أما في اصطلاح الفقهاء: فالحنفيّة يسمونها المعاملة، وهي: "العقد على العمل ببعض الخارج مع سائر شرائط الجواز". بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٨٥/٦. وعرفها المالكيّة بقولهم: "عقد على خدمة شجر وما ألحق به، بجزء من غلته أو بجميعها". الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقيّ ٥٣٩/٣. وعرفها الشافعيّة بقولهم: "أن يعامل إنسانٌ إنسانًا على شجرة ليتعهدها بالسقي والتربية، على أن ما رزق الله تعالى من الثمرة يكون بينهما". روضة الطالبين للنوويّ ١٥٠/٥. وعرفها الحنابلة بقولهم: "دَفْعُ شَجَرٍ إلى من يقوم بمصلحته بجزء معلوم من ثمرته". الإنصاف للمرداويّ مع المقنع والشرح الكبير ١٨١/٤١. وتعريفات الفقهاء متقاربة من حيث المعنى وبيان ماهية المساقاة.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٨٥/٦، ومواهب الجليل للحطاب ٣٧٢/٥، وحاشية الدسوقيّ ٥٣٩/٣، وروضة الطالبين للنوويّ ١٥٠/٥، ونهاية المحتاج للرمليّ ٢٤٤/٥، والمغني لابن قدامة ٢٩٠/٥، وكشاف القناع للبهوتيّ ٥٣٢/٣.

القول الأول-ذهب صاحبا أبا حنيفة [1] وعليه العمل عند الأحناف والمالكيّة والشافعيّ في القديم ومذهب الحنابلة إلى جواز المساقاة على الشجر المثمر المأكول [2].

القول الثاني-ذهب أبا حنيفة والشافعيّ في الجديد إلى عدم جواز المساقاة [3].

أدلة القول الأول:

١-حديث ابن عمر رضي الله عنهما «أَنَّ النبيّ ﷺ عَامَلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ»[4]، والمعاملة بمعنى المساقاة والمزارعة، وهذا نص صريح في المسألة [5].

نوقش: أنه جاء عن ابن عمر أنه قال: "كنا لا نرى بالخبر بأسًا حتى كان عام أول، فزعم رافع أن نبيّ الله ﷺ نهى عنه" [6]، والمراد بالخبر: المساقاة والمزارعة [7]، وقد سبق أن ابن عمر هو راوي حديث معاملة النبيّ لأهل خيبر، فيكون ما سبق منسوخًا بهذا الحديث، ويؤيده أن ابن عمر قد رجع عن العمل بالمساقاة إلى ما نقله رافع [8].

يجاب عنه من وجهين:

الوجه الأول-أن النبيّ ﷺ لم يزل يعامل أهل خيبر حتى مات، ثم عمل به الخلفاء بعده ثم من بعدهم، فكيف يتصور نهى النبيّ ﷺ عن شيء ثم يخالفه؟ أم كيف يُعمل ذلك في عصر الخلفاء

---

(١) وقد سبقت ترجمتهما.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٨٥/٦، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٨٥/٥، والمدونة للإمام مالك ٥٦٢/٣، وحاشية الدسوقيّ ٥٣٩/٣، ومنهاج الطالبين للنوويّ ص١٥٧، ومغني المحتاج للشربينيّ ٤٢٢/٣، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٨٢/١٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٨٥/٦، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٨٥/٥، والأم للشافعيّ ١١/٤، ومغني المحتاج للشربينيّ ٤٢٢/٣.

(٤) أخرجه البخاريّ في كتاب المزارعة، باب المزارعة بالشطر ونحوه ١٠٤/٣ برقم (٢٣٢٨)، ومسلم في كتاب المساقاة، باب المساقاة، والمعاملة بجزء من الثمر والزرع ١١٨٦/٣ برقم (١٥٥١)، واللفظ للبخاريّ.

(٥) انظر: نيل الأوطار للشوكانيّ ٣٢٧/٥.

(٦) أخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب كراء الأرض ١١٧٩/٣ برقم (١٥٤٧).

(٧) انظر: شرح النوويّ على مسلم ١٩٣/١٠.

(٨) انظر: شرح مشكل الآثار للطحاويّ ١١٦/٧، والهداية للمرغينانيّ ٣٣٧/٤.

ولم يخبرهم من سمع النهي وهو حاضر معهم وعالم بفعلهم؟ وجمعًا بين الأدلة يُحمل النهي في حديث رافع على المعنى المجازيّ وهو الكراهة [1]، مع أنه يبعد أن يعامل النبيّ ﷺ المعاملة المكروهة ويموت عليها، ولكنه ألجأنا إلى القول بذلك الجمع بين الأحاديث؛ ولذلك أنكر زيد بن ثابت وغيره حديث رافع هذا، وحملوه على أنه غلط في روايته [2]، ويؤيد ما سبق ما نقله طاووس[3] عن ابن عباس أنه أخبره أن النبيّ ﷺ لم ينه عنه، ولكن قال: «أَنْ يَمْنَحَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ شَيْئًا مَعْلُومًا» [4]، كما أن رجوع ابن عمر يحتمل أن يكون عن شيء من المعاملات الفاسدة التي فسرها رافع في حديثه [5]، وإذا تطرق الاحتمال إلى الدليل بطل به الاستدلال [6]، وعلى فرض أن رجوعه كان لحرمة المساقاة عنده، فإن العبرة إذا تعارض فعل الصحابيّ مع روايته تكون بما رواه لا بما رآه [7].

الوجه الثاني–لو قُدِّرَ أن أحاديث المنع معارضة لأحاديث الجواز لكان النسخ أولى بأحاديث المنع؛ لأنه لا بد من الذهاب إلى القول بنسخ أحد الخبرين، ويستحيل نسخ أحاديث الجواز لاستمرار العمل بها من النبيّ ﷺ إلى أن توفي، وعمل بها الخلفاء الراشدون من بعده [8].

---

(١) انظر: التحقيق في مسائل الخلاف لابن الجوزيّ ٢/٢٢٣.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٢٩٠، ونيل الأوطار للشوكانيّ ٥/٣٢٢. وللترمذيّ في السنن كلام حول ذلك عندما ذكر حديث رافع ونصه: "وحديث رافع فيه اضطراب، يُروى هذا الحديث عن رافع بن خديج، عن عمومته، ويروى عنه عن ظهير بن رافع وهو أحد عمومته، وقد روي هذا الحديث عنه على روايات مختلفة". ٣ / ٦٦٠.

(٣) هو الفقيه، القدوة، عالم اليمن، أبو عبد الرحمن، طاووس بن كيسان الفارسيّ الأصل، ثن اليَمَنِيُّ المولد والمنشأ، الجَنَدِيُّ، وُلِدَ عام ٣٣هـ باليمن، من أكابر التابعيّن، وَلاَزَمَ ابن عباس مدة، وهو معدود في كبراء أصحابه، توفي وهو حاج سنة ١٠٦هـ. انظر: سير أعلام النبلاء للذهبيّ ٥/٣٨–٤٥، وشذرات الذهب لابن العماد ٢/٤٠–٤١.

(٤) أخرجه البخاريّ في كتاب المزارعة، باب ما كان من أصحاب النبيّ ﷺ يواسي بعضهم بعضا في الزراعة والثمرة ٣/١٠٧ برقم (٢٣٤٢)، وأخرجه مسلم في كتاب البيوع، بذاب الأرض تمنح ٣/١١٨٤ برقم (١٥٥٠).

(٥) تهذيب السنن لابن القيم ٩/١٨٥.

(٦) انظر: كشاف القناع للبهوتيّ ٣/٥٣٣.

(٧) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم ٣/٣٤.

(٨) انظر: تهذيب السنن لابن القيم ٩/١٨٤.

٢–أن كثيرًا من أهل النخيل والشجر يعجزون عن عمارته وسقيه ولا يمكنهم الاستئجار عليه، وكثير من الناس لا شجر لهم ويحتاجون إلى الثمر، ففي تجويز المساقاة دفع للحاجتين وتحصيل لمصلحة الفئتين [١].

دليل القول الثاني:

١–أن الاستئجار ببعض الخارج من النصف والربع استئجار بثمرة مجهولة؛ لأنها ثمرة لم تخلق فلا يعلم قدرها؛ لأن الشجر قد لا يثمر، وهذا غرر، والغرر منهيّ عنه، ويوجب فساد العقد كالإجارة[٢].

يجاب عنه من ثلاثة أوجه:

الوجه الأول–أنه قياس في مقابل النص، ولا حجة لقياس قد عارض نصًا.

الوجه الثاني–أن قولهم: "استئجار بثمرة مجهولة" غير صحيح، إنما هو عقد على العمل في المال ببعض نمائه، فهي كالمضاربة؛ لأن الإجارة لابد فيها من تحديد مدة الاتفاق وهذا غير موجود في المساقاة، وينكسر ما ذكروه [٣] بالمضاربة؛ فإنه يعمل في المال بنمائه، وهو معدوم مجهول، وقد جاز بالإجماع، والمساقاة في معناها، ونظير ذلك أن الشارع أجاز العقد في الإجارة على المنافع المعدومة للحاجة، فكذا يجوز على الثمرة المعدومة للحاجة [٤].

الوجه الثالث–أن "التصرفات العدلية في الأرض جنسان: معاوضات، ومشاركات، والمساقاة والمزارعة ونحوهما من جنس المشاركة، ليسا من جنس المعاوضة المحضة، والغرر إنما حرم بيعه في المعاوضة؛ لأنه أكل مال بالباطل، وهنا لا يأكل أحدهما مال الآخر؛ لأنه إن لم ينبت الزرع فإن رب الأرض لم يأخذ منفعة الآخر؛ إذ هو لم يستوفها ولا ملكها بالعقد ولا هي مقصوده، بل ذهبت منفعة بدنه، كما ذهبت منفعة أرض هذا، ورب الأرض لم يحصل له شيء حتى يكون قد أخذه، والآخر لم يأخذ شيئًا، بخلاف بيوع الغرر وإجارة الغرر، فإن أحد المتعاوضين يأخذ شيئا والآخر يبقى تحت الخطر، فيفضي إلى ندم أحدهما وخصومتهما، وهذا المعنى منتف في هذه

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٨٦/١٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٧٥/٦.

(٣) وهو قولهم: "بثمرة مجهولة".

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٢٩١/٥.

المشاركات التي مبناها على المعادلة المحضة التي ليس فيها ظلم ألبتة، لا في غرر ولا في غير غرر " [١].

الراجح:

يترجح –والله أعلم–ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لوجود النص، ولحاجة الناس إليها، مع اضطراب ألفاظ حديث رافع الذي استدل به أصحاب القول الثاني [٢]، وهذا من علامات ضعف القول.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء النخل والكرم:

يرد الاستثناء على القول الثاني في المسألة السابقة إذ استثنى الشافعيّ في الجديد النخل والكرم فأجاز فيهما المساقاة من دون سائر الشجر [٣]، ودليله على ذلك: أنه ورد النص على النخل في روايات حديث ابن عمر السابق [٤]، ويقاس عليه الكرم؛ لأنه في معناه، بجامع وجوب الزكاة فيهما وإمكان الخرص [٥]؛ لأن ثمرهما بائن من شجره لا حائل دونه يمنع إحاطة الناظر إليه، وثمر غيرهما متفرق بين أضعاف ورق لا يحاط بالنظر إليه [٦].

---

(١) القواعد النورانية لابن تيمية ص٢٣٣–٢٣٤.

(٢) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٣٠/٤، والمغني لابن قدامة ٢٩٠/٥.

(٣) انظر: الأم للشافعيّ ١١/٤، ومنهاج الطالبين للنوويّ ص ١٥٧، ومغني المحتاج للشربينيّ ٤٢٢/٣، ونهاية المحتاج للرمليّ ٢٤٤/٥.

(٤) وهي رواية مسلم، وقد سبق تخريجه.

(٥) وعمدته في ذلك كما يقول ابن عبد البر في الاستذكار ٤٣/٧: "أن المساقاة عنده لا تجوز إلا فيما يجوز فيه الخرص، والخرص لا يجوز إلا فيما وردت فيه السنة فأخرجته عن المزابنة، كما أخرجت العرايا منها، وذلك النخل والعنب خاصة".

(٦) انظر: الحاوي للماورديّ ٣٦٣/٧، ومغني المحتاج للشربينيّ ٤٢٢/٣.

يجاب عنه:

أن سبب الجواز في المساقاة هو الحاجة الداعية لها، وهذا متحقق في كل ثمر، فيقاس الجميع على النخل للحاجة في كلٍّ، ولا يوجد نص شرعيّ يمنع غير النخل والكرم، ووجوب الزكاة ليس من العلة المجوزة للمساقاة، ولا أثر له فيها [١].

الراجح:

سبق أن رجحت في المسألة السابقة جواز المساقاة في الشجر المثمر المأكول من دون تفريق بين النخل والكرم وغيرهما؛ وبناء عليه فلا حاجة لهذا الاستثناء.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر في رواية مسلم لحديث ابن عمر إذ نص على النخل، أما الكرم فسببه القياس على النخل بجامع وجوب الزكاة وإمكان الخرص.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٢٩١، وزاد المعاد لابن القيم ٣/١٣٠.

المبحث العاشر

المستثنيات في باب الإجارة

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول–استثناء الكلب من جواز استئجار الحيوان للصيد به.

المطلب الثاني–استثناء المصحف من جواز إجارة الكتب للقراءة فيها.

المطلب الثالث–استثناء حال ما إذا أجّر الشريكان معًا من عدم صحة إجارة المشاع لأجنبيّ.

المطلب الرابع–استثناء إجارة العين لمن هي في إجارته من وجوب الموالاة بين المدة المعقود عليها والعقد.

المطلب الخامس–استثناء حال التعدي أو التفريط من عدم الضمان على الأجير الخاص.

المطلب السادس–استثناء المطعوم من جواز إجارة الأرض بالعروض.

المطلب السابع–استثناء الظئر من عدم جواز إجارة الحيوان لأخذ لبنه.

المطلب الأول

استثناء الكلب من جواز استئجار الحيوان للصيد به

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم استئجار الحيوان للصيد به:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول–ذهب الحنفيّة في أحد القولين والمالكيّة والشافعيّة والحنابلة إلى جواز إجارة الحيوان للصيد إذا كان معلمًا ويمكن الاصطياد فيه، واشترط الحنفيّة والحنابلة أن تكون المدة معلومة [١].

القول الثاني–ذهب الحنفيّة في أحد القولين إلى عدم جواز إجارة الحيوان للصيد به [٢].

دليل القول الأول:

لأن فيه نفعًا مباحًا تجوز إعارته فجازت إجارته له كالدابة [٣].

دليل القول الثاني:

أن المنفعة المطلوبة غير مقدور على استيفائها؛ إذ لا يمكن إجبار الحيوان على الصيد [٤].

نوقش: أن المنفعة المطلوبة مقدور عليها غالبًا إذا كان الحيوان معلمًا، كاستئجار الدابة للركوب ونحوه، فالدابة قد تنفر ومع ذلك صحت إجارتها للركوب، والحكم للأغلب.

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٩٦/٦، وحاشية العدويّ ٥٧٣/١، وروضة الطالبين للنوويّ ١٧٨/٥، والمغني لابن قدامة ٤٠٦/٥.

(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ١٠٩/١.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣١٩/١٤.

(٤) انظر الفتاوى الهنديّة ٤٥٤/٤.

الراجح:

يترجح –والله أعلم–جواز إجارة الحيوان المُعلَّم إذا أمكن الاصطياد فيه؛ لأن الأصل في المعاملات الحل، ولم يرد دليل ينقلنا عن هذا الأصل، وما أورده أصحاب القول الثاني هو تعليل عليل لا يقوى على معارضة هذا الأصل.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الكلب:

ذهب الحنفيّة والصحيح من مذهب الشافعيّة والحنابلة إلى استثناء استئجار الكلب من حكم الجواز في المسألة السابقة [(١)]، واستدلوا بما يأتي:

١–لأن اقتناء الكلب لا يجوز إلا للحاجة وهو الصيد وحفظ الماشية بدلالة حديث ابن عمر أن النبيّ ﷺ قال: «من اقتنى كلبًا إلا كلب ماشية أو كلب صيد نقص من عمله كل يوم قيراط» وفي رواية: «أو كلب حرث» [(٢)]، وما أبيح للحاجة لم يجز أخذ العوض عليه كالميتة للمضطر [(٣)].

٢–ولأنه حيوان محرم بيعه لنهي النبيّ ﷺ عن ثمنه [(٤)]، والثمن المنهيّ عنه في بيع الكلب عام يشمل عينه ومنفعته، وحصر الحديث على أحدهما تحكم لا دليل عليه [(٥)]؛

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٧٥/٤، وحاشية ابن عابدين ٩٦/٦، والمهذب للشيرازيّ ٢٤٣/٢، وروضة الطالبين للنوويّ ١٧٨، الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣١٨/١٤.

(٢) أخرجه البخاريّ في كتاب الذبائح والصيد، باب من اقتنى كلبًا ليس بكلب صيد أو ماشية ٨٧/٧ برقم (٥٤٨٠)، وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب الأمر بقتل الكلاب، وبيان نسخه، وبيان تحريم اقتنائها ١٢٠٢/٣ برقم (١٥٧٤) واللفظ لمسلم، والقيراط هو: جُزء من أجزاء الدِينار، وهو نصف عُشْره في أكثر البلاد. النهاية لابن الأثير ٤١/٤–٤٢ مادة (قَرَطَ).

(٣) انظر: والمهذب للشيرازيّ ٢٤٣/٢.

(٤) أخرجه البخاريّ في كتاب الطب، باب الكهانة ١٣٦/٧ برقم (٥٧٦١)، وأخرجه مسلم في كتاب المساقاة، باب تحريم ثمن الكلب، وحلوان الكاهن ومهر البغي ١١٩٨/٣ برقم (١٥٦٧).

(٥) هذا جواب مقدر على المالكيّة القائلين بجواز إجارة كلب الصيد؛ لأنهم يفرقون بين البيع والإجارة، ففي البيع يكون العقد على العين، وهو محرم لنص الحديث، وفي الإجارة يكون العقد واردًا على المنفعة وهي مباحة. انظر: شرح مختصر خليل للخرشيّ ٤٤/٣.

وبناء عليه فلا يجوز تملك منفعته بالإجارة [1].

٣-ولأن منفعته لا تُضمن في الغصب، ولا يلزم الغاصب دفع عوض لبقائه عنده مدة الغصب؛ وعليه فلا يجوز أخذ عوض عنه في الإجارة [2].

الراجح:

يترجح -والله أعلم-صحة الاستثناء؛ لقوة أدلة القائلين بالاستثناء، ولأن الإجارة كالبيع، ولا وجه للتفريق بينهما.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر في الأدلة التي استدل بها القائلون بالاستثناء، كما يمكن عَدُّ القياس سببًا آخر؛ لأنهم قاسوا أخذ العوض على إجارة الكلب على أخذ العوض على الميتة؛ لأنهما إنما أبيحا للحاجة، فلم يجز أخذ العوض عليهما.

---

(١) انظر: فتح الباري لابن حجر ٤/٤٢٦.

(٢) انظر: نهاية المطلب للجوينيّ ٥/٤٩٢.

المطلب الثاني

استثناء المصحف من جواز إجارة الكتب للقراءة فيها

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم إجارة الكتب للقراءة:

المراد بالمسألة: إذا كانت الكتب مباحة النفع غير ضارة، ككتب الفقه والحديث والشعر المباح ونحوها من كتب العلم، فقد اختلف العلماء في حكم إجارتها على ثلاثة أقوال:

القول الأول–ذهب متأخرو المالكيّة والشافعيّة والحنابلة إلى جواز إجارة الكتب النافعة للنظر والقراءة فيها والنسخ منها، ونحو ذلك من سائر أنواع الانتفاع [١].

القول الثاني–ذهب الحنفيّة إلى عدم جواز إجارة الكتب للقراءة والنظر، ولا تصح ولا تجب فيها الأجرة [٢].

القول الثالث–ذهب المالكيّة إلى كراهية إجارة الكتب للقراءة فيها [٣].

دليل القول الأول:

لأن الكتب فيها منفعة مباحة ومقصودة ومملوكة وواقعة لغير ضرورة، ومقدور على تسليمها، وتستوفى مع بقاء العين، وتجوز إعارتها فجازت إجارتها [٤].

---

(١) انظر: التاج والإكليل لابن المواق ٥٣٧/٧، وحاشية الدسوقيّ ١٨/٤، وحاشيتي قليوبي وعميرة ٧٠/٣، والمغني لابن قدامة ٤٠٩/٥.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٣٦/١٦، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ١٧٥/٤، وحاشية ابن عابدين ٣٥/٦.

(٣) انظر: المدونة للإمام مالك ٤٣٠/٣، ومواهب الجليل للحطاب ٤١٨/٥.

(٤) انظر: الحاوي للماورديّ ٣٩١/٧، والمغني لابن قدامة ٤٠٩/٥.

دليل القول الثاني:

لأن منفعة النظر في الكتب والقراءة فيها منفعة مباحة لا أجر فيها، والإجارة هي بيع المنفعة، والمباح لا يكون محلًا للبيع، كالأعيان المباحة من الحطب والصيد لا أجر فيها لانعدام المعاوضة، وكمن يستأجر سقفًا لينظر إلى عمله وتصاويره [١].

نوقش من وجهين:

الوجه الأول–أن قياسهم منفعة الكتب على الأعيان المباحة قياس مع الفارق؛ لأن الأعيان غير مملوكة لأحد أصلًا، بخلاف الكتب ففيها منفعة مملوكة لصاحبها، وقد اشترط الفقهاء في المنفعة المؤجرة أن تكون مملوكة لصاحبها [٢].

الوجه الثاني–أن قياسهم منفعة الكتب على النظر إلى السقف قياس غير صحيح؛ للفارق بين هذه الأمور، فالنظر إلى السقف إن كان لمجرد النظر فلا حاجة إليه، ولم تجرِ العادة بالإعارة لأجلها، أما إن كان النظر في تصاوير وزخرفة السقف ونحوه، ففيها منفعة مقصودة كتعلم صنعة، أو مهارة، ونحو ذلك، فهذه منفعة معتبرة يجوز بيعها، وبذل المال في تعلمها، وإجارتها، كسائر المنافع[٣].

دليل القول الثالث:

قالوا: تكره إجارة الكتب قياسًا على كراهية بيعها؛ لئلا يقل طلب العلم، والمطلوب نشر العلم وبثه[٤].

نوقش: بأن في بيع الكتب وإجارتها انتشارًا للعلم، وسببًا لحفظه وصونه، فلا مقتضى للقول بالكراهة.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٧٥/٤.

(٢) انظر: حاشيتي قليوبي وعميرة ٧٠/٣.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٤٠٩/٥.

(٤) انظر: حاشيتي قليوبي وعميرة ٧٠/٣.

الراجح:

يترجح –والله أعلم–جواز إجارة الكتب النافعة، لما تقدم من الأدلة والمناقشة، ولعدم وجود المانع، إذ الأصل الجواز، ولأن الأصل في مال المسلم حرمته، فلا ينتفع منه إلا بإذن منه، أو بعوض مبذول.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء المصحف:

يرد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة؛ إذْ استثنى الحنابلة في المشهور عندهم إجارة المصحف من جواز إجارة الكتب للقراءة فيها ومنعوا من ذلك، وعلة المنع عندهم مبنية على قولهم في المنع من بيع المصحف، ولهم في ذلك أدلة وهي:

١–ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما، قال: "وددت أني رأيت الأيدي تقطع في بيع المصاحف" (١).

٢–ما جاء عن عبد الله بن شقيق (٢) قال: "كان أصحاب رسول الله ﷺ يكرهون بيع المصاحف، وتعليم الغلمان بالأجر، ويعظمون ذلك" (٣)، ومثله عن ابن مسعود، وابن عباس رضي الله عنهما ما يدل على كراهتهما له (٤).

٣–ولأنه يجب صون القرآن من أن يكون في معنى السلع المبتذلة بالبيع والإجارة (٥).

---

(١) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، في كتاب البيوع، باب بيع المصاحف ١١٢/٨ برقم (١٤٥٢٥)، وأخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، في كتاب البيوع والأقضية، من كره شراء المصاحف ٢٨٧/٤ برقم (٢٠٢٠٩).

(٢) هو: عبد الله بن شقيق العُقيليّ، بصريّ ثقة من الثالثة، كان يحمل على عليّ رضي الله عنه، أخرج له مسلم وأصحاب السنن، مات سنة ١٠٨هـ في ولاية الحجاج بن يوسف على العراق. انظر: تهيب الكمال للمزيّ ٨٩/١٥، وتقريب التهذيب لابن حجر ٣٠٧/١.

(٣) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، في كتاب البيوع، باب الأجر على تعليم الغلمان وقسمة الأموال ١١٥/٨ برقم (١٤٥٣٤).

(٤) أخرجهما البيهقيّ في السنن الصغير، في كتاب البيوع، باب كراهية بيع المصاحف ٢٨٠/٢ برقم (١٩٩٣).

(٥) المغني لابن قدامة ١٩٨/٤.

ويمكن أن تناقش أدلتهم بما يأتي:

أولًا–أن الأصل في البيع والإجارة الحل، وقد قال تعالى: ﴿وَأَحَلَّ اللَّهُ الْبَيْعَ﴾ (1)، ولا يمكن معارضة هذا الأصل أو الاستثناء منه إلا بنص أو إجماع، وهذا غير موجود.

ثانيًا–أن البيع ومثله الإجارة مشتمل على منفعة عظيمة، وهي نشر العلم وتعليمه، وليس في البيع ابتذال أو امتهان للمصحف؛ إذ لو كان فيه ذلك لحرم بيع كتب العلوم الشرعيّة كلها، وقد اشتغل في البيع الأنبيّاء والرسل صلوات الله وسلامه عليهم.

ثالثًا–أن منع الناس من بيعه وكذا إجارته سيؤدي إلى التضييق عليهم، وندرة وجوده بأيديهم، وفي هذا مفسدة وأي مفسدة.

الراجح:

يترجح –والله أعلم–عدم صحة الاستثناء؛ لعدم الدليل على منع إجارة المصحف، ولما يترتب على منع إجارته من التضييق على الناس، وعدم انتشار العلم، وهذا يخالف المقصد الشرعيّ.

سبب الاستثناء:

القياس، وهو ظاهر في قياس الحنابلة إجارة المصحف على بيعه بجامع امتهان المصحف في كلٍّ.

(1) سورة البقرة: الآية ٢٧٥.

المطلب الثالث

استثناء حال ما إذا أجّر الشريكان معًا من عدم صحة إجارة المشاع لأجنبيّ

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم إجارة المشاع لأجنبيّ:

المراد بالمسألة: أن تكون أرض أو دار مشتركة بين شخصين، فيؤجر أحدهما نصيبه منها لشخص أجنبيّ، فاختلف العلماء في صحة هذه الإجارة على قولين:

القول الأول–ذهب صاحبا أبي حنيفة (١) والمالكيّة (٢) والشافعيّة (٣) وهو رواية عن الإمام أحمد إلى صحة هذه الإجارة (٤).

القول الثاني–ذهب أبو حنيفة وهو المفتى به عند الحنفيّة والمشهور من مذهب الحنابلة إلى عدم صحة إجارة الشريك نصيبه لأجنبيّ (٥).

أدلة القول الأول:

١–ما جاء عن النبيّ ﷺ أنه «نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة وقال: لا بأس بها» (٦)، وجه الاستدلال: أن النبيّ ﷺ أمر بالمؤاجرة ولم يخص مشاعًا من غير مشاع (٧).

٢–القياس على البيع، فإذا جاز بيع المشاع جازت إجارته.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ١٢٥/٥–١٢٦، ومجمع الأنهر لشيخي زاده. وقد سبقت ترجمة الصاحبين.

(٢) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٤٢٢/٥، وحاشية الدسوقيّ ٤٤/٤.

(٣) انظر: المهذب للشيرازيّ ٢٤٤/٢، ونهاية المحتاج للرمليّ ٢٧٨/٥.

(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٣٥/١٤.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٣٢/١٦، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ١٢٥/٥–١٢٦، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٣/٨، والمغني لابن قدامة ٤٠٩/٥.

(٦) أخرجه مسلم، كتاب البيوع، باب في المزارعة والمؤاجرة ١١٨٤/٣ برقم (١٥٤٩).

(٧) المحلى لابن حزم ٢٨/٧.

٣-لا يمكن أن تعطل العين المملوكة لأكثر من واحد من الانتفاع بسبب الشيوع، فإذا أمكن الانتفاع بين الشريك وشريكه عن طريق المهايأة (١)، فإن المستأجر يحل محل المؤجر في الانتفاع بنصيبه عن طريق المهايأة.

٤-إذا كان الشيوع الطارئ بعد عقد الإجارة لا يفسدها، فلو تمت إجارة العين، ثم بيع بعضها مشاعًا لم يفسد عقد الإجارة عند الجميع، فكذلك الشيوع القائم عند العقد ينبغي له ألا يفسدها (٢).

دليل القول الثاني:

١-أن منفعة المشاع غير مقدورة الاستيفاء؛ لأن استيفاءها بتسليم المشاع، والمشاع غير مقدور التسليم بنفسه؛ لأنه اسم لسهم غير معين، وغير المعين لا يتصور تسليمه بنفسه حقيقة، وإنما يتصور تسليمه بتسليم المتبقي، وذلك غير معقود عليه، فلا يتصور تسليمه شرعًا، وإذا لم يمكن استيفاء المنفعة إلا بالتصرف في حصة شريكه فإنه يمنع من إجارة المشاع (٣).

يجاب عنه من وجهين:

أحدهما-أن إمكان التسليم ممكن؛ لأن المستأجر يحل محل الشريك عن طريق المهايأة، وإذا كان الشيوع لم يمنع الشريك من الانتفاع فكذلك من يحل محله (٤).

الثاني-أن الشيوع إذا لم يمنع صحة البيع، لم يمنع صحة الإجارة (٥).

الراجح:

يترجح -والله أعلم-القول بصحة الإجارة؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة القول الثاني، ولأن فيه تمسكًا بالأصل وهو الحل، ولما يترتب على القول الثاني من التضييق والتحريج على الناس بلا مسوغ.

---

(١) هي قسمة المنافع على التعاقب والتناوب. التعريفات للجرجانيّ ٢٣٧/١.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ١٢٧/٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٨٧/٤، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٣٤/١٤.

(٤) انظر: أحكام المشاع في الفقه الإسلاميّ لصالح السلطان ٣٥٧/١-٣٥٨.

(٥) انظر: المغني لابن قدامة ٤٠٩/٥.

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء ما إذا أجّر الشريكان معًا:

المراد بالمسألة: أن تكون دار مشتركة بين رجلين فيؤجراها لشخص آخر، وهذه الصورة لا خلاف فيها بين العلماء [١]، وهو استثناء باعتبار القول الثاني في المسألة السابقة؛ إذ إنهم أجازوا هذه الصورة من المنع السابق، ودليلهم عليه: أنّ مدار الجواز على إمكانية استيفاء المنفعة، وهو ممكن هنا، فالمعنى الذي لأجله مُنِعَ أحد الشريكين من إجارة نصيبه لأجنبيّ، هو عدم القدرة على التسليم، وهو غير موجود هنا؛ لأنهما أجراها معًا، ويسلمانها تسليمًا واحدا [٢].

وبناء على ما رجحنا في المسألة السابقة فإنه لا حاجة لهذا الاستثناء؛ لأنه يكون من باب الأولى.

سبب الاستثناء:

الإجماع، وبيانه: أن الفقهاء اتفقوا أن من شروط المعقود عليه القدرة على التسليم [٣]، ففي المسألة السابقة كان المانع عندهم عدم القدرة على التسليم، فلما زال المانع زال الحكم، فصار العقد صحيحًا مكتمل الشروط والأركان.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٨٧/٤، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ١٢٥/٥، ومواهب الجليل للحطاب ٤٢٢/٥، ونهاية المحتاج للرمليّ ٢٧٧/٥، والمغني لابن قدامة ٤٠٩/٥.

(٢) انظر: الهداية للمرغينانيّ ٢٣٨/٣-٢٣٩.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٤٧/٥، والمدونة للإمام مالك ١٩٤/٤، والمهذب للشيرازيّ ١٣/٢، والمغني لابن قدامة ١٥١/١٤.

المطلب الرابع

استثناء إجارة العين لمن هي في إجارته من وجوب الموالاة بين المدة المعقود عليها والعقد

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم الموالاة بين المدة المعقود عليها وعقد الإجارة:

اختلف الفقهاء في اشتراط الموالاة بين المدة المعقود عليها وعقد الإجارة على قولين:

القول الأول–ذهب جماهير العلماء من الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة إلى أنه لا يشترط في المدة أن تلي العقد، بل يجوز أن تكون المدة مؤجلة، كأن يقول: أجّرتك شهر رجب وهو في صفر، ونحو ذلك، إذا بيَّن وقت الابتداء، وأمكنه التسليم في الوقت المحدد، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية[(١)].

القول الثاني–ذهب الشافعيّة إلى اشتراط أن تلي المدةُ العقدَ، فلا تصح إجارة العين لمنفعة مستقبلية، كإجارة الدار السنة المستقبلة [(٢)].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٢٠٣/٤، والعناية شرح الهداية للبابرتي ١٣١/٩، وفتح القدير لابن الهمام ١٣٢/٩، والتلقين لابن نصر ١٥٨/٢، والتاج والإكليل لابن المواق ٥٧٦/٧، وحاشية الدسوقيّ ٤٤/٤، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٥٦/١٤، والفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤٦٢/٥ ومجموع الفتاوى له أيضًا ٥٤٥/٢٠. وقد سبقت ترجمة ابن تيمية.

(٢) الشافعيّة لم يفرقوا بين البيع والإجارة، فالأعيان عندهم لا تقبل التأجيل بيعًا كان أو إجارة، وأما ما في الذمة فيجوز حالًا ومؤجلًا بيعًا كان أو إجارة كالسلم. انظر: منهاج الطالبين للنوويّ ١٦٠/١، ومغني المحتاج للشربينيّ ٤٥١/٣.

أدلة القول الأول:

١-ما جاء عن عائشة ﵂ زوج النبيّ ﷺ قالت: «واستأجر رسول الله رجلًا من بني الديل هاديًا خريتًا[١]، وهو على دين كفار قريش، فدفعا إليه راحلتيهما، ووعداه غار ثور بعد ثلاث ليال، فأتاهما براحلتيهما صبح ثلاث» [٢]؛ فدل هذا على جواز إضافة عقد الإيجار إلى الزمن المستقبل [٣].

٢-ولأن التأجيل في عقد الإجارة ضرورة؛ لأن الإجارة تتضمن تمليك المنافع، والمنافع لا يتصور وجودها في الحال، فدعت الضرورة إلى الإضافة إلى المستقبل.

أدلة القول الثاني:

١-أن الأصل والعرف في المدة المعقود عليها أن تلي العقد؛ لأن العقد موجب للانتفاع بمجرد حصوله، ولأن العقد لو وقع على عشرة أيام مثلًا بلا تحديد لأولها، فإنها تنصرف لما يلي العقد إذ هو الأصل، وإلا وقعت الإجارة على مدة مجهولة، وكان ذلك مفضيًا للغرر [٤].

نوقش: بأن الأصل والعرف يُرجع إليهما إذا لم يُحدد ابتداء العقد، أما مع وجود تحديد للمدة ابتداءً وانتهاءً فلا فرق بين كونها تلي العقد أم لا، والشرط إذا كان صحيحًا كان لازمًا ومقدمًا على الأصل.

٢-ولأنه عقد على ما لا يمكن تسليمه في الحال، فأشبه إجارة العين المغصوبة [٥].

نوقش: بأن عدم القدرة على التسليم في الحال لا يوجب الفساد مطلقًا، فقد أجاز الشارع عقد السلم مع عدم تسليم المبيع في الحال، وأجاز تأخير تسليم الثمن أو المثمن عن عقد البيع، ومثله تأخير

(١) هو: الْمَاهِرُ الذي يهتدي لأَخْرَاتِ المَفاوِزِ، وَهِيَ طُرُقُها الْخَفِيَّةُ ومَضايِقُها. لسان العرب لابن منظور ٣٠/٢ مادة (خرت).

(٢) أخرجه البخاريّ في كتاب الإجارة، باب استئجار المشركين عند الضرورة أو: إذا لم يوجد أهل الإسلام ٨٨/٣ برقم (٢٢٦٣).

(٣) انظر: عمدة القاري للعينيّ ٨٢/١٢.

(٤) انظر: المهذب للشيرازيّ ٢٤٦/٢.

(٥) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٥٦/١٤.

الانتفاع بالعين المؤجرة بحيث لا تلي العقد، وإنما تشترط القدرة على التسليم عند وجوب التسليم كالمسلم فيه، ولا يشترط وجوده ولا القدرة عليه حال العقد (١).

الراجح:

يترجح –والله أعلم–مذهب جماهير العلماء؛ لأن التأجيل يُعَدُّ من باب الشروط في البيع، والأصل في الشروط الصحة إلا ما جاء الدليل بتحريمه ومنعه، ولا دليل على المنع من اشتراط تأخير المدة بحيث لا تلي العقد إذا كان وقت الابتداء بيّنًا، وأمكن التسليم في الوقت المحدد.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء من كانت العين في إجارته:

يرد الاستثناء على مذهب الشافعيّة السابق، فاستثنوا حالة واحدة يجوز فيها إجارة العين لمدة لا تلي العقد، وهي ما إذا كانت إجارتها لمن كانت العين في إجارته (٢)، ودليلهم على ذلك: أن المدتين متصلتان والمستأجر واحد، كما لو أجر المدتين بعقد واحد، فلا وجه للغرر والجهالة مع تحقق تسليم العين للمستأجر، فصح بذلك العقد (٣).

الراجح:

سبق أن رجحت في المسألة السابقة مذهب الجمهور في عدم اشتراط أن تلي مدةُ الإجارة العقدَ؛ وبناء عليه فلا حاجة لهذا الاستثناء؛ لأنه لا فرق بين جواز إجارتها سواء لمن كانت العين في إجارته أو لم تكن في إجارته إذا كانت مدة تأجيلها بعد استيفاء الأول لمنفعته؛ لأن جواز هذه الصورة داخل ضمنًا في مذهب الجمهور.

---

(١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٤/٣٥٦.

(٢) انظر: منهاج الطالبين للنوويّ ١/١٦٠.

(٣) انظر: مغني المحتاج للشربينيّ ٣/٤٥١.

سبب الاستثناء:

الإجماع، وبيانه: أن الفقهاء اتفقوا أن من شروط المعقود عليه القدرة على التسليم [1]، ففي المسألة السابقة كان المانع عندهم عدم القدرة على التسليم، فلما زال المانع زال الحكم، فصار العقد صحيحًا مكتمل الشروط والأركان.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ١٤٧/٥، والمدونة للإمام مالك ١٩٤/٤، والمهذب للشيرازي ١٣/٢، والمغني لابن قدامة ١٥١/١٤.

المطلب الخامس

استثناء حال التعدي أو التفريط من عدم الضمان على الأجير الخاص(١)

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم الضمان على الأجير الخاص:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول–ذهب الفقهاء عامة من الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة والحنابلة إلى أن الأجير الخاص مستأمن لا يضمن ما هلك في يده، أو هلك في عمله المأذون له فيه، وأجرته كاملة (٢)، بل صرّح المالكيّة أنه لو شُرِط عليه الضمان فهو شرط يناقض العقد ويفسد الإجارة (٣).

القول الثاني–ذهب بعض متأخري المالكيّة، والشافعيّة في قول، وأحمد في رواية إلى أن الأجير الخاص يضمن ما تلف بيده مطلقًا (٤).

أدلة القول الأول:

١–ما جاء عن رسول الله ﷺ أنه قال: «لا ضمان على مؤتمن» (٥).

---

(١) الأجير الخاص: هو من قُدِّرَ نفعه بالزمن، بحيث يختص المستأجر بمنفعته في مدة الإجارة، لا يشاركه فيها غيره، كمن استُؤْجِرَ لخدمةٍ، أو خياطة، أو رعاية شهرًا أو سنة. انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ١٣٤/٥، وبداية المجتهد لابن رشد ١٧/٤، والمهذب للشيرازيّ ٢٦٧/٢، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٤٧١/١٤.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٢١١/٤، والبحر الرائق لابن نجيم ٣٤/٨، والتاج والإكليل لابن المواق ٥٥٦/٧، وحاشية الدسوقيّ ٢٦/٤، والمهذب للشيرازيّ ٢٦٧/٢، ونهاية المحتاج للرمليّ ٣١١/٥، والمغني لابن قدامة ٣٨٩/٥، وشرح منتهى الإرادات للبهوتيّ ٢٦٩/٢.

(٣) الشرح الكبير للدردير مع حاشية الدسوقيّ ٢٨/٤.

(٤) انظر: حاشية الدسوقيّ ٢٦/٤، والمهذب للشيرازيّ ٢٦٧/٢، وشرح الزركشيّ ٢٤٤/٤.

(٥) أخرجه الدارقطنيّ في سننه في كتاب البيوع ٤٥٥/٣ برقم (٢٩٦١)، وأخرجه البيهقيّ في الكبرى في كتاب الوديعة، باب لا ضمان على مؤتمن ٤٧٣/٦ برقم (١٢٧٠٠).

نوقش: بأنه ضعيف الإسناد، ولا يستقيم الاستدلال به، وقد رُوِيَ عن عمر [١] وعليّ [٢] رضي الله عنهما القول بتضمين الأجير [٣].

الجواب عنه: بأنه وإن كان فيه ضعف، إلا أنه يتقوى بمجموع طرقه، وبثبوته عن بعض الصحابة رضي الله عنهم [٤]، ولم يثبت عن أحد من الصحابة خلاف ذلك، بل عليه العمل، وما رُوِيَ عن عمر وعليّ لا يثبت [٥]، ولو ثبت فيحمل على الأجير المشترك، كالصُنَّاع.

٢-القياس على الوكيل والمضارب؛ وذلك أن الوكيل والمضارب وكلاء فيما سُلِّطوا عليه من الموكِّل وصاحب المال الشريك، فلا يضمنون ما حصل من تلف أو خسارة من غير تَعَدٍ أو تفريط، فكذلك الأجير الخاص نائب عن المالك في التصرف فيما أمر به، فلم يضمن [٦].

٣-أن الأجير الخاص مؤتمن بالاتفاق، وهو قابض للعين ومتصرف فيها بإذن المالك، كالمستعير والوديع، ولم يوجد منه فعل يصلح سببًا لوجوب الضمان، فلا يضمن، وقد نُقِل الإجماع على أن الوديع لا يضمن إلا لجناية منه على العين [٧].

٤-أن عمله مأذون له فيه مضمون عليه أي: يستحق الأجر ولو مع التلف؛ لأنه أجير خاص يُقَدَّر عمله بالزمن، فلم يضمن ما تلف بسبب عمله، كسراية القصاص والحدِّ [٨].

---

(١) أخرجه ابن أبي شيبة في مصنفه، كتاب البيوع والأقضية، في القصار والصباغ وغيره ٣٦٠/٤ برقم (٢١٠٥٠)، وأخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب البيوع، باب ضمان الأجير الذي يعمل بيده ٢١٧/٨ برقم (١٤٩٤٩) وفيه انقطاع. انظر: التحجيل للطريفي ٢٢٧/١.

(٢) أخرجه البيهقيّ في الكبرى، كتاب الإجارة، باب ما جاء في تضمين الأجراء ٢٠٢/٦ برقم (١١٦٦٤) وفيه انقطاع. انظر: الإرواء للألبانيّ ٣١٩/٥.

(٣) انظر: الدراية في تخريج أحاديث الهداية لابن حجر ١٩٠/٢.

(٤) قال الشيخ الألبانيّ في الإرواء ٣٨٦/٥: " فهذه ثلاث طرق عن عمرو بن شعيب، وهى وإن كانت ضعيفة فمجموعها مما يجعل القلب يشهد بأن الحديث –أي حديث «لا ضمان على مؤتمن»– قد حدث به عمرو بن شعيب، وهو حسن الحديث لاسيما وقد روى معناه عن جماعة من الصحابة ساق البيهقيّ أسانيدها إليهم.

(٥) الأم للشافعيّ ١٨٨/٦.

(٦) انظر: روضة الطالبين للنوويّ ٢٨٨/٥، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٤٧٤/١٤.

(٧) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٢١١/٤، والروضة الندية لصديق حسن خان ٤٨٧/٢.

(٨) انظر: المغني لابن قدامة ٣٩٠/٥.

أدلة القول الثاني:

١-ما جاء عن الحسن [(١)] عن سمرة [(٢)]، أن رسول الله ﷺ قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»[(٣)].

نوقش من وجوه:

أولًا-أن الحديث فيه ضعف، فالحسن لم يثبت سماعه من سمرة إلا في حديث العقيقة، كما قرره أكثر الحفاظ [(٤)].

ثانيًا-أن الحسن نسي فرجع عن قوله إلى: "فهو أمينك لا ضمان عليه" [(٥)].

ثالثًا-أن الحديث لو صح فليس فيه إلا الأداء، والأداء غير الضمان في اللغة والحكم، وإلا للزم المحتج بهذا الحديث أن يُضَمِّن المرتهِن والوديع ونحوهم من الأمناء؛ لأن أيديهم قبضت ويلزمها الرد؛ ولهذا ذهب بعض أهل العلم إلى أن الحسن لم ينسَ، وأن كلامه يُحمل على أنه وإن وجب الرد والأداء إلا أنه لا يقتضي الضمان؛ لأنه أمين [(٦)].

---

(١) هو: الحسن بن أبي حسن البصريّ أبو سعيد، إمام أهل البصرة، ولد لسنتين بقيتا من خلافة عمر، أبوه مولى زيد ابن ثابت، وأمه مولاة أم سلمة، وكان ربما أعطته أم سلمة ثديها في صغره تعلله به حتى تجيء أمه فيدر عليه، فيروون أن علمه وفصاحته وورعه من بركة ذلك، وكان جميلًا فصيحًا، توفي سنة عشر ومئة للهجرة. انظر: شذرات الذهب لابن العماد ٢/٤٨-٤٩.

(٢) هو الصحابيّ الجليل سمرة بن جندب، يكنى أبا عبد الرحمن، وقيل غير ذلك، كان من الحفاظ المكثرين عن رسول الله ﷺ، وكان شديدًا على الحرورية، كان إذا أتى بواحد منهم إليه قتله ولم يقله، وكانت وفاته بالبصرة في خلافة معاوية سنة ثماني وخمسين، سقط في قدر مملوءة ماء حارًا كان يتعالج بالقعود عليها من كزاز شديد أصابه، فسقط في القدر الحارة فمات. انظر: الاستيعاب لابن عبد البر ٢/٦٥٣-٦٥٤، والسير للذهبيّ ٣/١٨٣.

(٣) أخرجه ابن ماجه، كتاب الصدقات، باب العارية٢/٨٠٢ برقم (٢٤٠٠)، وأخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في تضمين العور ٣/٢٩٦ برقم (٣٥٦١)، وأخرجه الترمذيّ في أبواب البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة ٣/٥٥٨ برقم (١٢٦٦)، وأخرجه النسائيّ في الكبرى، كتاب العارية والوديعة، المنيحة ٥/٣٣٣ برقم (٥٧٥١)، وأخرجه البيهقيّ في الكبرى في كتاب العارية، باب العارية مضمونة ٦/١٤٩ برقم (١١٤٨٢)، وقال ابن حجر في التقريب عن الحسن البصريّ ١/١٦٠:" ثقة فقيه فاضل مشهور، وكان يرسل كثيرًا ويدلس"، وضعف الألبانيّ الحديث في الإرواء ٥/٣٤٨ برقم (١٥١٦).

(٤) انظر: التلخيص الحبير لابن حجر ٣/١٣٧، وسبل السلام للصنعانيّ ٢/٩٦.

(٥) وهي رواية الترمذيّ التي سبقت الإشارة إليها في تخريج الحديث.

(٦) انظر: المحلى لابن حزم ٨/١٤٤، وسبل السلام للصنعانيّ ٢/٩٦.

٢–أن ذلك من المصلحة العامة، ففيه حفظ لأموال الناس من التلف، وردع للأُجَرَاء عن التلاعب والتفريط بأموال الناس؛ إذ لا يصلحهم إلا ذلك (١).

نوقش: بأن ما ذكروه يمكن أن يقال في الأجير المشترك المنتصب للعمل للناس، أما الأجير الخاص فلا؛ لأن الأصل أنه مؤتمن، ويعمل للمالك خاصة، ثم إن تضمين الأجير فيه تضييق على الناس، وتكليفهم في أموالهم ما ليس عليه دليل، والأصل أن أموالهم محترمة.

الراجح:

يترجح –والله أعلم–القول الأول وهو عدم تضمين الأجير الخاص؛ لأن في إيجاب الضمان عليه تضييق على الناس؛ لأنه إذا علم أنه سيضمن أحجم عن العمل، وفي هذا مشقة على الناس وتعطيل لمصالحهم، وتكليفهم في أموالهم بلا دليل.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء حال التعدي أو التفريط (٢):

اتفق الفقهاء من الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة والحنابلة على أن الأجير الخاص يضمن ما تلف في يده إذا كان تلفه بتعدٍ منه أو تفريط (٣)، كأن يعمل عملًا لم يُؤذن له به فيتلف مال المالك بذلك، وتكون هذه المسألة مستثناة من قولهم السابق في عدم تضمين الأجير الخاص، ودليلهم على ذلك:

١–القياس على الوكيل والمرتهِن والملتقِط في زمن التعريف، فإنهم أمناء لا يضمنون ما تلف بأيديهم إلا بالتعدي أو التفريط، ومثلها الأجير الخاص (٤).

---

(١) انظر: حاشية الدسوقيّ ٢٦/٤، والمغني لابن قدامة ٣٩٠/٥.

(٢) الفرق بين التعدي والتفريط: أن التفريط: ترك ما يجب من الحفظ، والتعدي: فعل ما لا يجوز من التصرفات أو الاستعمالات. القواعد والأصول الجامعة لابن سعدي ص٤٤.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٢١١/٤، والبحر الرائق لابن نجيم ٣٤/٨، وحاشية الدسوقيّ ٢٦/٤، والمهذب للشيرازيّ ٢٦٧/٢، ونهاية المحتاج للرمليّ ٣١١/٥، والمغني لابن قدامة ٣٨٩/٥، وشرح منتهى الإرادات للبهوتيّ ٢٦٩/٢. وقد حكى الاتفاق ابن رشد في بداية المجتهد ١٦/٤. كما نفى العينيّ الخلاف في ذلك.انظر: البناية شرح الهداية ٣٢٠/١٠.

(٤) انظر: الحاوي للماورديّ ١٠٤/٣.

٢-أن الضمان مرتبط بالتفريط والتعدِّي؛ لأنه فَعَل فِعلًا لم يؤذن له فيه، ومن فعل في مال غيره فعلًا لم يؤذن له فيه، يكون كالغاصب، والغاصب ضامن [١].

وبناء عليه يكون الاستثناء صحيحًا باتفاق المذاهب الأربعة، ولم أقف على مخالفٍ لهم.

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أن حفظ المال من الضروريات الخمسة التي حفظتها الشريعة، وكل ما يصون أموال الناس عن التلاعب والتلف فهو مقصد شرعيّ، ورتبت العقاب على المتلاعبين بأموال الناس فجعلت عليهم الضمان إذا فعلوا ما ليس لهم فعله، ولا يستقيم حال الناس إلا بذلك، وإلا لأكل الناس أموال بعضهم بدعوى عدم تضمين الأمين، وبطلت الثقة بالأمناء، وساء الظن بالناس جميعًا.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار"، وبيان ذلك: أن تصرف الأجير الخاص إذا كان بتعدٍ أو تفريط هو إضرار بالمستأجر؛ ولذلك جعلوا عليه الضمان لأنه فعل ما ليس له فعله، والأمين تصرفاته منوطة بالمصلحة، فإذا تجاوزها إلى ما يضر بالمستأجر فإن تصرفه ممنوع منه، وعليه ضمان ما أتلف [٢].

ويذكر بعض الفقهاء قاعدة أخص من التي ذكرتها وهي: "التلف في يد الأمين غير مضمون إذا لم يتعد أو يفرط" [٣]، ومفهوم المخالفة منها: أن التلف مضمون في حالة التعدي والتفريط.

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٢١٣/٤.

(٢) انظر: شرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ١٦٥/١.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ١٩٤/٩، والقواعد لابن رجب ٦٤/١، والقواعد والأصول الجامعة لابن سعدي ص ٤٤.

المطلب السادس

استثناء المطعوم من جواز إجارة الأرض بالعروض

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم إجارة الأرض بالعروض:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول–ذهب الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة والحنابلة إلى جواز إجارة الأرض بالعروض، وهو قول أكثر أهل العلم (١).

القول الثاني–ذهب طاووس والحسن البصريّ (٢) وابن حزم (٣) إلى عدم جواز إجارة الأرض مطلقًا.

أدلة القول الأول:

١–الإجماع على جواز إجارة الأرض بالذهب والفضة، وقد حكى الإجماع الإمام أحمد ونقله عنه ابن المنذر (٤) وابن قدامة (٥)،

---

(١) انظر: الميسوط للسرخسيّ ١٥/٢٣، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ١١٤/٥، وحاشية ابن عابدين ٢٩/٦، وشرح الخرشيّ ٦٣/٦، وحاشية الدسوقيّ ٣٧٣/٣، والأم للشافعيّ ١٥/٤، وكشاف القناع ٥٥٠/٣.

(٢) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٥٥/١٤. وسبقت ترجمة طاووس والحسن.

(٣) انظر: المحلى لابن حزم ١٣/٧. وابن حزم هو: أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الفارسيّ الأصل ثم الأندلسيّ القرطبيّ، فقيه حافظ متكلم أديب، ولد بقرطبة سنة ٣٨٤هـ، وكان من كبار فقهاء المذهب الظاهريّ، كان زاهدًا في الدنيا بعد الرياسة التي كانت له ولأبيه من قبله من الوزارة وتدبير الممالك، من مصنفاته: كتاب المحلى، وكتاب الفصل في الملل والأهواء والنحل، توفي سنة ٤٥٦هـ. انظر: جذوة المقتبس للحميديّ ٣٠٨/١، وبغية الملتمس لابن عميرة ٤١٥/١، وشذرات الذهب لابن العماد ٣٧/١.

(٤) سبقت ترجمته.

(٥) هو: عبد الله بن أحمد بن قدامة الجماعيلي المقدسيّ ثم الدمشقيّ الحنبليّ، أبو محمد، موفق الدين، فقيه، من أكابر الحنابلة، ولد سنة ٥٤١هـ، كان إمامًا في فنون كثيرة، كثير العبادة، وانتفع بتصانيفه المسلمون عمومًا، وأهل

والإمام أحمد رحمه الله معروف عنه شدة تورعه في حكاية الإجماع [1]، ونقل الإجماع جمع من أهل العلم كالطبريّ [2] والعينيّ [3] والشوكانيّ [4]، فإذا ثبت الإجماع في الذهب والفضة فيقاس عليهما سائر العروض ولا فرق.

٢-ما جاء عن رافع بن خديج [5] رضي الله عنه لما سُئِل عن كراء الأرض فقال: «نهى رسول الله عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها» فسُئل عن كرائها بالذهب والورِق؟ فقال: "لا بأس، إنما كان الناس على عهد رسول الله ﷺ على الماذيانات [6]، وأقبال الجداول [7]، وأشياء من الزرع، فيهلك هذا، ويسلم هذا، ويسلم هذا، ويهلك هذا، فلم يكن للناس كراء إلا هذا؛ فلذلك زجر عنه، فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به" [8]، وجه الاستدلال: هذا نص صريح في جواز إجارة الأرض للزراعة إذا

=المذهب خصوصًا، وانتشرت واشتهرت بحسن قصده وإخلاصه، ولا سيما كتابه (المغني) فإنه عظم النفع به. توفي سنة ٦٢٠هـ. انظر: السير للذهبيّ ١٦٦/٢٢-١٧٢، وشذرات الذهب لابن العماد ١٥٥/٧-١٦٢.

(١) انظر: الإشراف لابن المنذر ٢٦٣/٦، والمغني لابن قدامة ٣١٨/٥.

(٢) انظر: اختلاف الفقهاء ص٤٧. والطبريّ هو: أبو جعفر محمد بن جرير بن يزيد بن خالد الطبريّ، وقيل يزيد بن كثير ابن غالب، صاحب التفسير الكبير، والتاريخ الشهير، كان إماما في فنون كثيرة، منها التفسير والحديث والفقه والتاريخ وغير ذلك، وله مصنفات مليحة في فنون عديدة تدل على سعة علمه، وغزارة فضله، وكان من الأئمة المجتهدين لم يقلد أحدًا، وكانت ولادته سنة ٢٢٤هـ بآمل طبرستان وتوفي سنة ٣١٠هـ ببغداد رحمه الله تعالى، انظر: وفيات الأعيان لابن خلكان ١٩١/٤-١٩٢، وشذرات الذهب لابن العماد ٥٣/٤.

(٣) انظر: عمدة القاري ١٨٤/١٢.

(٤) نيل الأوطار ٣٢٨/٥.

(٥) سبقت ترجمته.

(٦) الماذيانات: جمع الماذيان، وهو أصغر من النهر، وأعظم من الجدول، فارسيّ معرب، وقيل: ما يجتمع فيه السيل ثم يسقى منه الأرض، وقيل: هي أمهات السواقي، وقيل: هي السواقي الصغار كالجداول، ومعناه: أن ما ينبت على حافتيها لرب الأرض. انظر: تفسير غريب ما في الصحيحين لابن أبي نصر ١١٦/١، والنهاية لابن الأثير ٣١٣/٤، ولسان العرب لابن منظور ٤٠٣/١٣ مادة (مذن).

(٧) الأقبال: هي الأوائل والرؤوس جمع قُبْل، والقُبْل أيضًا رأس الجبل والأكمة، وقد يكون جمع قَبَل بالتحريك وهو الكلأ في مواضع من الأرض. لسان العرب لابن منظور ٥٤٦/١١ مادة (قبل).

(٨) سبق تخريجه.

كانت الأجرة بشيء معلوم مضمون كالنقد، وتُلحق سائر العروض بالنقد؛ لأنها في حكمه، قال ابن قدامة في المغني: "والحكم في العروض كالحكم في الأثمان" (١).

أدلة القول الثاني:

١-ما جاء عن أبي هريرة وجابر بن عبد الله ﭫ أن رسول الله ﷺ قال: «من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها، فإن أبي فليمسك أرضه» (٢).

٢-وما جاء عن ابن عمر ﭬ أنه كان يكري مزارعه فذهب إلى رافع بن خديج فسأله، فقال رافع: «نهى رسول الله عن كراء الأرض» (٣).

٣-وما جاء عن أبي سعيد الخدريّ ﭬ أنه قال: «نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة»، قال: والمحاقلة: كراء الأرض، والمزابنة: اشتراء الثمر بالتمر في رؤوس النخل (٤).

وجه الاستدلال من الأحاديث: أن النبيّ ﷺ نهى عن كراء الأرض مطلقًا، وأنه ليس لصاحبها إلا أن يزرعها أو يمنحها غيره أو يمسك أرضه (٥).

الجواب عنه من وجوه:

أولًا-أن هذه النقول عَامَّتها جاءت عامة في النهي عن كراء الأرض، وقد جاء استثناء الذهب والفضة في نصوص أخرى ويدخل فيها سائر العروض، فلا يمكن فصل هذه النصوص بعضها عن بعض، والذين ورد عنهم النهيّ المطلق لا يدل على عدم التقييد عندهم (٦).

---

(١) ٣١٩/٥.

(٢) أخرجه البخاريّ في كتاب المزارعة، باب ما كان من أصحاب النبيّ ﷺ يواسي بعضهم بعضًا في الزراعة والثمرة ١٠٧/٣ برقم (٢٣٤١)، وأخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب كراء الأرض ١١٧٦/٣ برقم (١٥٣٦).

(٣) سبق تخريجه.

(٤) أخرجه البخاريّ في كتاب البيوع، باب بيع المزابنة وهي بيع الثمر بالتمر وبيع الزبيب بالكرم وبيع العرايا ٧٥/٣ برقم (٢١٨٦)، وأخرجه مسلم في كتاب البيوع، باب كراء الأرض ١١٧٩/٣ برقم (١٥٤٦).

(٥) انظر: المحلى لابن حزم ١٣/٧.

(٦) انظر: فتح الباري لابن حجر ٢٥/٥.

ثانيًا–أن النهي الذي جاء عنهم محمول على ما يكون فيه غرر وجهالة تفضي إلى النزاع، وهو منتفٍ في إجارة الأرض بالذهب والفضة وسائر العروض، ويدل على هذا المعنى ما جاء في حديث رافع: "إنما كان الناس على عهد رسول الله ﷺ على الماذيانات، وأقبال الجداول، وأشياء من الزرع، فيهلك هذا، ويسلم هذا، ويسلم هذا، ويهلك هذا، فلم يكن للناس كراء إلا هذا، فلذلك زجر عنه، فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به".

ثالثًا–أن من الصحابة من أنكر حديث رافع هذا كزيد بن ثابت وغيره، وحملوه على أنه غلط في روايته [1]، ويؤيد ما سبق ما نقله طاووس عن ابن عباس أنه أخبره أن النبيّ ﷺ لم ينه عنه، ولكن قال: «أَنْ يَمْنَحَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ شَيْئًا مَعْلُومًا»[2].

رابعًا–أن القول بالنهي مخالف لما عليه عمل المسلمين من الصحابة والتابعيّن وفقهاء الإسلام عامة، فالمهاجرون والخلفاء الراشدون وأهل بيعة الرضوان جميعهم زارعوا على عهد رسول الله ﷺ وبعده إلى أن أجلى عمر اليهود إلى تيماء، من غير أن ينكر ذلك منكر، فكان إجماعًا منهم، وبه عمل جميع فقهاء الحديث وأكثر فقهاء المذاهب اتباعًا لسنة رسول الله ﷺ وعملًا بما عليه الصحابة والتابعون [3].

الراجح:

يترجح –والله أعلم–القول الأول وهو جواز إجارة الأرض بالعروض؛ لقوة أدلتهم، وموافقتهم الأصل في المعاملات وهو الحل، ولما في ذلك من التيسير على الناس وقضاء لحوائجهم.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥/٢٩٠، ونيل الأوطار للشوكانيّ ٥/٣٢٢. وللترمذيّ في السنن كلام حول ذلك عندما ذكر حديث رافع ونصه: "وحديث رافع فيه اضطراب، يُروى هذا الحديث عن رافع بن خديج، عن عمومته، ويروى عنه عن ظهير بن رافع وهو أحد عمومته، وقد روي هذا الحديث عنه على روايات مختلفة". ٣ / ٦٦٠.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) فتاوى ابن تيمية ٢٩/٩٤-٩٥.

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء المطعوم من سائر العروض:

يرد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة، فاستثنى المالكيّة المطعوم من قولهم السابق في جواز إجارة الأرض بالعروض [١]، واستدلوا على ذلك بما يأتي:

١-ما جاء عن رافع بن خديج ﷺ قال: "كنا نخابر[٢] على عهد رسول الله ﷺ، فذكر أن بعض عمومته أتاه، فقال: نهى رسول الله ﷺ عن أمر كان لنا نافعًا، وطواعية الله ورسوله أنفع لنا، وأنفع، قال: قلنا وما ذاك؟ قال: قال رسول الله ﷺ: «من كانت له أرض فليزرعها، أو فليزرعها أخاه، ولا يكاريها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى»"[٣].

٢-ما جاء عن أبي سعيد الخدريّ ﷺ: «أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة، والمحاقلة، والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر في رءوس النخل» [٤].

وجه الاستدلال: أن النهي عن المحاقلة يقتضي تحريمها، والمحاقلة من معانيها ما جاء في رواية مالك في الموطأ: "والمحاقلة كراء الأرض بالحنطة" [٥]، وفي معنى كراء الأرض بالحنطة، كراؤها بجميع أنواع الطعام سواء أكان مما يخرج منها ويزرع فيها، أم من سائر صنوف الطعام المأكول كله والمشروب، نحو العسل والزيت والسمن وكل ما يؤكل ويشرب [٦].

يجاب عنهم: أنه نوقشت أحاديث النهي التي أوردوها ومنها حديث رافع بما سبق في مناقشة حديث رافع، وهو: أن المنع ورد للصورة التي كانوا يفعلونها، ويدل على هذا المعنى ما جاء في حديث رافع: "إنما كان الناس على عهد رسول الله ﷺ على الماذيانات، وأقبال الجداول، وأشياء من

---

(١) انظر: المدونة للإمام مالك ٥٤٧/٣، والتاج والإكليل لابن المواق ٥١٤/٧.

(٢) المخابرة هي: المساقاة والمزارعة. انظر شرح النوويّ على مسلم ١٩٣/١٠.

(٣) أخرجه ابن ماجه، كتاب الرهون، باب استكراء الأرض بالطعام ٨٢٣/٢ برقم (٢٤٦٥)، وأخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في التشديد في ذلك ٢٥٩/٣ برقم (٣٣٩٥). وصححه الألبانيّ في تعليقه عليهما.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) ٩٠٣/٤.

(٦) التمهيد لابن عبد البر ٣١٨/٢.

الزرع، فيهلك هذا، ويسلم هذا، ويسلم هذا، ويهلك هذا، فلم يكن للناس كراء إلا هذا؛ فلذلك زجر عنه، فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به".

ويؤكد ذلك ما نُقل عن بعض الصحابة في بيان موضع النهي ومن ذلك ما نقله طاووس عن ابن عباس أنه أخبره أن النبيّ ﷺ لم ينه عنه، ولكن قال: «أَنْ يَمْنَحَ أَحَدُكُمْ أَخَاهُ خَيْرٌ لَهُ مِنْ أَنْ يَأْخُذَ شَيْئًا مَعْلُومًا»، وقد سبق أن هذا مما جرى عليه عمل الناس زمن النبيّ ﷺ وبعده.

٣-أنه من بيع الطعام بالطعام نسيئة؛ وذلك لأن المنفعة المقصودة من كراء الأرض هو الطعام، فكراؤها بالطعام أيًّا كان نوعه يدخله في بيع الطعام بالطعام نسيئة، وهذا منهيّ عنه [١].

يجاب عنهم: لا نسلم ذلك؛ لأن أحد العوضين هنا هو منفعة الأرض، وليس طعامًا معينًا؛ وعليه فلا ينطبق عليه كونه طعامًا بطعام.

الراجح:

يترجح -والله أعلم-عدم صحة الاستثناء؛ لصراحة حديث رافع وهو قوله: "فأما شيء معلوم مضمون فلا بأس به" فما جازت إجارته بغير المطعوم جازت به، كالدور، ولا وجه للتفريق [٢].

سبب الاستثناء:

النص، وهو ما جاء في حديث رافع وحديث أبي سعيد الخدريّ رضي الله عنه، كما يمكن عَدُّ القياس سببًا آخر للاستثناء؛ لأنهم قاسوا سائر المطعومات على الحنطة التي فسروا بها المحاقلة في حديث أبي سعيد الخدريّ.

---

(١) التاج والإكليل لابن المواق ٥١٢/٧.

(٢) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٥٨/١٤.

المطلب السابع

استثناء الظئر [١] من عدم جواز إجارة الحيوان لأخذ لبنه

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم إجارة الحيوان لأخذ لبنه:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول–ذهب بعض الحنابلة إلى جواز إجارة الحيوان لأخذ لبنه [٢]، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم [٣].

القول الثاني–ذهب جمهور العلماء من الحنفيّة المالكيّة والشافعيّة والحنابلة إلى عدم الجواز [٤].

أدلة القول الأول:

١–أنه قد ثبت عن الصحابة بالإجماع إجارة الشجر، كما في قصة عمر ﵁ أنه قبل حديقة أسيد بن الحضير [٥] ثلاث سنين، وأخذ الأجرة فقضى بها دينه، –والحديقة: هي النخل، فهذه إجارة

---

(١) الظئر هي: المرأة التي تُستأجر لإرضاع الطفل، ويقع لفظ الظئر على الذكر والأنثى؛ ولذا يقال لزوج المرضعة ظئر. انظر: شرح النوويّ على مسلم ٢١٧/٢، والمغني لابن قدامة ٣٦٧/٥.

(٢) انظر: كشاف القناع للبهوتيّ ٥٦٢/٣، والإنصاف للمرداويّ مع المقنع والشرح الكبير ٢٧٧/١٤.

(٣) انظر: مجموع الفتاوى ٥٥١/٢٠، ١٩٩/٣٠–٢٠٠، وزاد المعاد لابن القيم ٧٣٠/٥، وإعلام الموقعين له أيضًا ٣/٢. وقد سبقت ترجمة ابن تيمية وابن القيم.

(٤) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٧٥/٤، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٤٨/٤، والبحر الرائق لابن نجيم ٨٤/٦، وحاشية ابن عابدين ٥٥/٦، وشرح الخرشيّ ١٣/٧، والفواكه الدواني لشهاب الدين النفراويّ ١١٠/٢، ومنح الجليل لمحمد عليش ٤٩٤/٧، وأسنى المطالب للسنيكيّ ٤٠٦/٢، وتحفة المحتاج للهيتميّ ٢٩١/٤، وحاشية الجمل ٥٤٢/٣، والمغني لابن قدامة ٣٦٨/٥.

(٥) هو أسيد بن الحضير بن سماك بن عتيك الأوسيّ، أبو يحيى، صحابيّ، كان شريفًا في الجاهلية والإسلام، مقدمًا في قبيلته (الأوس)، يعد من عقلاء العرب وذوي الرأي فيهم، وكان يسمى (الكامل) وهو في عرف الجاهليين من اجتمعت فيه ثلاث خصال: معرفة الكتابة وإجادة العوم والرمي، وكان أحد النقباء الاثني عشر، توفي في المدينة سنة ٢٠هـ. انظر: السير للذهبيّ ٣٤٠/١–٣٤٣.

الشجر لأخذ ثمره وهو من الأعيان، وهو مذهب أمير المؤمنين عمر بن الخطاب ﷺ، ولا يعلم له في الصحابة مخالف، فيقاس عليها إجارة الحيوان لأخذ لبنه، بل هو من باب أولى؛ لأن الغرر والخطر الذي في إجارة الأرض لحصول مغلها أعظم بكثير من الغرر الذي في إجارة الحيوان للبنه، فإن الآفات والموانع التي تعرض للزرع أكثر من آفات اللبن، فإذا اغتفر ذلك في إجارة الأرض فلأن يغتفر في إجارة الحيوان للبنه أولى وأحرى.

٢-أن النبيّ ﷺ ندب إلى منيحة العنز والشاة للبنها، وحض على ذلك، وذكر ثواب فاعله ومعلوم أن هذا ليس ببيع ولا هبة، فإن هبة المعدوم المجهول لا تصح، وإنما هو عارية الشاة للانتفاع بلبنها كما يعيره الدابة لركوبها، فهذا إباحة للانتفاع بدرها، وكلاهما في الشرع واحد، وما جاز أن يستوفى بالعارية جاز أن يستوفى بالإجارة، فإن موردهما واحد، وإنما يختلفان في التبرع بهذا والمعاوضة على الآخر.

٣-أن الأصل في العقود وجوب الوفاء إلا ما حرمه الله ورسوله، فإن المسلمين على شروطهم إلا شرطًا أحل حرامًا، أو حرم حلالًا، فلا يحرم من الشروط والعقود إلا ما حرمه الله ورسوله، وليس مع المانعين نص بالتحريم البتة (١).

أدلة القول الثاني:

١-أن مورد عقد الإجارة النفع، والمقصود هنا العين، والإجارة لا تقع على الأعيان (٢).

يجاب عنه:

أننا لا نسلم أن الإجارة لا تقع على الأعيان، قال ابن تيمية: "وقول القائل: الإجارة إنما تكون على المنافع دون الأعيان: ليس هو قولًا لله ولا لرسوله ولا الصحابة ولا الأئمة، وإنما هو قول قالته طائفة من الناس، فيقال لهؤلاء: لا نسلم أن الإجارة لا تكون إلا على المنافع فقط، بل الإجارة تكون على ما يتجدد ويحدث ويستخلف بدله مع بقاء العين كمياه البئر وغير ذلك، سواء كان عينًا أو منفعة، كما أن الموقوف يكون ما يتجدد وما تحدث فائدته شيئًا بعد شيء، سواء كانت الفائدة منفعة أو عينًا كالتمر واللبن والماء النابع، وكذلك العارية، وهو عما يكون الانتفاع بما يحدث ويستخلف بدله.

---

(١) انظر: زاد المعاد لابن القيم ٥/٧٣١-٧٣٤.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٤/٤٨، وأسنى المطالب للسنيكيّ ٢/٤٠٦، وكشاف القناع للبهوتيّ ٣/٥٦٢.

يقال: أفقر الظهر وأعرى النخلة ومنح الناقة فإذا منحه الناقة يشرب لبنها ثم يردها أو أعراه نخلة يأكل ثمرها ثم يردها، وهو مثل أن يفقره ظهرًا يركبه ثم يرده، وكذلك إكراء المرأة أو طيرٍ أو ناقةٍ أو بقرةٍ أو شاةٍ يشرب لبنها مدة معلومة فهو مثل أن يكون دابة يركب ظهرها مدة معلومة" (١).

٢-أنه بيع عين قبل وجودها، وهذا لا يصح؛ لأنه غرر (٢).

يجاب عنه من وجهين:

أولًا-لا نسلم أنه بيع لها قبل وجودها، بل هي موجودة وتستحدث شيئًا فشيئًا، وقد عُلم بالعادة وجوده، والعادة محكمة (٣).

ثانيًا-على فرض التسليم أنه بيع معدوم، فليس كل بيع المعدوم ممنوعًا منه، وليس في أصول الشرع ما ينهى عنه كله، بل المعدوم الذي يحتاج إلى بيعه وهو معروف في العادة، يجوز بيعه كما يجوز بيع الثمرة بعد بدو صلاحها؛ فإن ذلك يصح عند جمهور العلماء كما دلت عليه السنة، مع أن الأجزاء التي تخلق بعد معدومة وقد دخلت في العقد.

الراجح:

يترجح -والله أعلم-القول الأول-وهو جواز إجارة الحيوان لأخذ لبنه؛ لقوة أدلتهم وسلامتها من المناقشة، ولموافقته للقواعد الشرعيّة في أبواب المعاملات المالية، كقاعدة: أن "الأصل في المعاملات الإباحة"، وقاعد: "الأصل في الشروط الصحة"، ونحوها، ولمناقشتهم أدلة القول الثاني بما لا يدع فيها مستمسكًا.

سبب الخلاف:

الخلاف في الأعيان هل يقع عليها عقد الإجارة أو لا؟ فالجمهور يقولون بالمنع ويخصونه بالمنافع فقط، وابن تيمية ومن معه يجوزونه.

---

(١) مجموع الفتاوى ٣٠/١٩٩-٢٠٠.

(٢) منح الجليل لمحمد عليش ٧/٤٩٤.

(٣) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٣٠/١٩٩.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الظئر:

يرد الاستثناء على قول الجمهور في المسألة السابقة فإنهم استثنوا حالة يجوز فيها استئجار الحيوان لأخذ لبنه، وهي الظئر، وهذه المسألة أجمع العلماء على جوازها، وتكون استثناءً باعتبار قول الجمهور السابق، وقد نقل الإجماع على جوازها جمع من أهل العلم كابن المنذر (١) وابن قدامة (٢) وابن تيمية (٣) والزيلعيّ (٤) وغيرهم، ومستند الإجماع ما يأتي:

١–قوله تعالى: ﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾ (٥)، وجه الاستدلال: أن الله ﷻ أمر بإعطاء المرضعة أجرها بعد الفراغ من الرضاعة؛ فدل ذلك على جواز إجارة المرأة نفسها للرضاع، وأخذ العوض على ذلك (٦).

٢–ما جاء عن أنس بن مالك ؓ، قال: «دخلنا مع رسول الله ﷺ على أبي سيف القَيْن (٧)، وكان ظئرًا لإبراهيم ؑ، فأخذ رسول الله ﷺ إبراهيم، فقبله، وشمه» (٨)، وجه الدلالة: أن النبيّ ﷺ استأجر مرضعة لابنه إبراهيم؛ فدل على مشروعية هذا العمل.

وبناء على مارجحنا في المسألة السابقة من جواز استئجار الحيوان لأخذ لبنه وهو عام في الآدميين وغيرهم، فلا حاجة لهذا الاستثناء؛ لأنه داخل ضمنًا على القول الراجح.

---

(١) انظر: الإشراف على مذاهب العلماء ٢٩٦/٦. وقد سبقت ترجمة ابن المنذر.

(٢) انظر: المغني ٣٦٧/٥. وقد سبقت ترجمة ابن قدامة.

(٣) انظر: مجموع الفتاوى ٢٤٣/٣٠.

(٤) انظر: تبيين الحقائق ١٢٧/٥. والزيلعيّ هو: عثمان بن علي بن محجن، فخر الدين الزيلعيّ، فقيه حنفيّ، قدم القاهرة سنة ٧٠٥هـ فأفتى ودرّس، وصنف وانتفع النَّاس بِهِ وَنشر الْفِقْه، وتوفي فيها سنة ٧٤٣هـ. من مصنفاته: (تبيين الحقائق في شرح كنز الدقائق)، و(شرح الجامع الكبير). انظر: الجواهر المضية في طبقات الحنفيّة لابن نصر الله ٣٤٥/١.

(٥) سورة الطلاق: الآية ٦.

(٦) انظر: تفسير القرطبيّ ١٦٨/١٨.

(٧) هو البراء بن أوس بن خالد الحداد من الأنصار، وهو زوج أم سيف مرضعة إبراهيم ولد النبيّ ﷺ، شهد أحد وما بعدها. انظر: الاستيعاب لابن عبد البر ١٥٣/١، والإصابة لابن حجر ٤١٠/١ و١٦٦/٧.

(٨) أخرجه البخاريّ في كتاب الجنائز، باب قول النبيّ ﷺ: «إنا بك لمحزونون» ٨٣/٢ برقم (١٣٠٣)، وأخرجه مسلم في كتاب الفضائل، باب رحمته ﷺ الصبيّان والعيال وتواضعه وفضل ذلك ١٨٠٧/٤ برقم (٢٣١٥).

سبب الاستثناء:

يظهر مما سبق أن الاستثناء لأسباب عِدَّة، وهي:

النص: وهي النصوص التي استند عليها الإجماع.

الإجماع: وهو ظاهر فيمن حكى الإجماع في ذلك كابن المنذر وابن قدامة وغيرهم.

كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا ثالثًا للاستثناء وهي حاجة الطفل إلى الرضاع؛ ولذلك يقول ابن قدامة: "لأن الحاجة تدعو إليه فوق دعائها إلى غيره، فإن الطفل في العادة إنما يعيش بالرضاع، وقد يتعذر رضاعه من أمه، فجاز ذلك" (١).

وقد ذكر الحنفيّة أن جواز إجارة الظئر من باب الاستحسان، وأن القياس عدم جوازه؛ لأنها إجارة ترد على استهلاك العين (٢).

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "الضرورات تبيح المحظورات" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "المشقة تجلب التيسير"، وهذه الضرورة تتمثل في بقاء الآدمي واستمراره؛ بسبب توقف حاجته على اللبن، وغيره لا يقوم مقامه (٣).

---

(١) المغني ٣٦٧/٥.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٤٨/٤.

(٣) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٨٤/١٤.

المبحث الحادي عشر

المستثنيات في باب السبق

وفيه مطلبان:

المطلب الأول–استثناء الخيل والإبل والسهام والأقدام ومسائل الفقه من النهي عن المسابقة بعوض.

المطلب الثاني–استثناء المفضول في المسابقة من جواز الفسخ لكلا الطرفين في عقد المسابقة.

المطلب الأول

استثناء الخيل والإبل والسهام والأقدام ومسائل الفقه من النهي عن المسابقة [1] بعوض

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم المسابقة بعوض:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول–ذهب شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم إلى جواز المسابقة بعوض في كل ما يستعان به على الجهاد، سواء أكان جهاد السيف والسنان كالمطارحة والمسابقة على الخيل والأقدام، أم جهاد الحجة والبرهان كالمسابقة على العلم [2].

القول الثاني–ذهب جماهير العلماء من الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة والحنابلة إلى عدم جواز المسابقة بعوض [3].

---

(١) المسابقة من السبق بفتح السين: وهو ما يُجعل من المال رهنًا على المسابقة، يأخذه السابق منهم. انظر: حاشية ابن عابدين ٤٠٢/٦، والذخيرة للقرافيّ ٤٦٤/٣، ونهاية المحتاج للرمليّ ١٦٤/٨، والمغني لابن قدامة ٤٦٦/٩.

(٢) انظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٦١/٣١، والفروسية لابن القيم ص٩٧. وقد سبقت ترجمتهما.

(٣) وقولهم هذا فيما عدا الثلاثة الواردة في الحديث (النصل والخف والحافر) وما قاسوه عليها، وسيأتي مفصلًا في الفرع الثاني. انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٢٠٦/٦، والبحر الرائق لابن نجيم ٥٥٤/٨، ومجمع الأنهر لشيخي زاده ٥٤٩/٢، وحاشية ابن عابدين٤٠٢/٦، والكافي لابن عبد البر ٤٨٩/١، والذخيرة للقرافيّ ٤٦٤/٣، ومواهب الجليل للحطاب ٣٩٠/٣، والحاوي للماورديّ ١٨٠/١٥، والمهذب للشيرازيّ ٢٧٤/٢، وروضة الطالبين للنوويّ ٣٥٠/١٠، ونهاية المحتاج للرمليّ ١٦٤/٨، والمغني لابن قدامة ٤٦٦/٩، وكشاف القناع للبهوتيّ ٤٨/٤–٤٩.

أدلة القول الأول:

١-ما جاء عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «لا سبق إلا في نصل، أو خف، أو حافر» [(١)]، وجه الاستدلال: أن الحديث دليل على جواز السبق في الأنواع الثلاثة، وتخصيصها بالذكر فيه إشارة إلى فضلها وليس لحصر الجواز فيها.

نوقش:

أن الحديث يدل بمنطوقه على نفي جواز المسابقة بعوض في غير الأصناف الثلاثة التي تشترك في كونها آلات للجهاد في سبيل الله، فوجب الاقتصار عليها [(٢)].

يجاب عنه:

أن النفي في الحديث ليس نفيًا للجواز، بل يدل على نفي الكمال؛ فيصير معنى الحديث أن المسابقة بعوض جائزة، ولكن الأفضل والأكمل والأصلح إنما يكون في النصل والخف والحافر، ويكون هذا كقول النبيّ ﷺ: «لا ربا إلا في النسيئة» [(٣)]، أي الربا الكامل في النسيئة [(٤)].

٢-القياس على الأصناف المذكورة في حديث أبي هريرة السابق، والعلة الجامعة أنها من أسباب الجهاد ونصرة الدين، والأمة مأمورة بالأخذ بأسباب القوة، ومن ذلك القوة في العلم؛ لأن الدين قام بالحجة والبرهان، وبالسيف والسنان، فالبرهان يفتح القلوب، والسنان يفتح البلدان [(٥)].

٣-ما جاء عن ابن عباس ﷺ أنه قال: "قالت قريش لأبي بكر: زعم صاحبك أن الروم ستغلب فارسًا في بضع سنين، أفلا نراهنك على ذلك؟ قال: بلى، فارتهن أبو بكر والمشركون وتواضعوا

---

(١) سبق تخريج الحديث. والمراد بالنصل: السهام، وبالخف الإبل، وبالحافر الخيل. انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٥٤٩/٢، والكافي لابن عبد البر ٤٨٩/١، والمغني لابن قدامة ٤٦٦/٩.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٤٦٧/٩.

(٣) أخرجه البخاريّ في كتاب البيوع، باب بيع الدينار بالدينار نساء ٧٥/٣ برقم (٢١٧٨).

(٤) انظر: الفروسية لابن القيم ص ٩٨.

(٥) انظر: المرجع السابق ص٩٧.

على الرهان" [1] فهذه مراهنة في العلم، وهي خارجة عن الثلاثة التي ذكرها حديث أبي هريرة السابق؛ فدل على جواز المسابقة بعوض في غيرها مما هو داخل في معناها.

نوقش:

أنها في أول الإسلام، وهي منسوخة بنهي النبيّ ﷺ عن الغرر والقمار [2].

يجاب عنه:

لا يصح أن يقال: إن قصة الصديق منسوخة بتحريم القمار؛ فإن القمار حرم مع تحريم الخمر في آية واحدة، والخمر حرمت ورسول الله ﷺ محاصر بني النضير، وكان ذلك بعد أحد بأشهر، وأحد كانت في شوال سنة ثلاث بغير خلاف، ومراهنة الصديق للمشركين كانت بضع سنين، وغلبة الروم لفارس كانت عام الحديبية وهي السنة السادسة من الهجرة [3].

أدلة القول الثاني:

١-استدلوا بحديث أبي هريرة السابق، وقد سبق ذكر اعتراضهم والجواب عنه.

٢-أن المسابقة بعوض داخلة في القمار وهو منهيّ عنه.

يجاب عنه من وجهين:

أولًا-أن القمار المحرم هو أكل المال بالباطل وليس بالحق، كما أن أبا بكر رضي الله عنه قد راهن المشركين بفوز الروم -كما سبق-ومعلوم أنا بكر لم يقامر قط في جاهلية ولا إسلام، ولا أقر عليه النبيّ ﷺ قمارًا، فضلًا عن أن يأذن فيه [4].

---

(١) أخرجه الترمذيّ في أبواب تفسبر القرآن، باب ومن سورة الروم ٣٤٤/٥ برقم (٣١٩٤) قال الترمذيّ: "حديث حسن صحيح غريب"، وقال ابن القيم: "وإسناده على شرط الصحيح وقد صححه الترمذيّ وغيره" الفروسية ص٢٠٧.

(٢) انظر: الفروسية لابن القيم ص٢٠٧.

(٣) انظر: المرجع السابق ص٢٠٧.

(٤) انظر: الفروسية لابن القيم ص٩٧.

ثانيًا–إن سلمنا جدلًا أن المسابقة بعوض داخلة في القمار، فإن تحريم القمار ثابت بالشرع، وإباحة السبق بعوض ثابتة بالشرع أيضًا، والواجب الوقوف على ما ورد به الشرع.

الراجح:

يترجح –والله أعلم–القول الأول؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة المخالفين، ولموافقته لمقصود الشارع من مشروعية السباق.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الخيل والإبل والسهام والأقدام ومسائل الفقه:

يرد الاستثناء على القول الثاني في المسألة السابقة، فإنهم اختلفوا في استثناء بعض المسائل من قولهم عدم جواز المسابقة بعوض، وتفصيل المسألة على النحو الآتي:

أولًا–التحقيق في استثناء الخيل والإبل والسهام:

اتفق أصحاب القول الثاني في المسألة السابقة على استثناء الخيل والإبل والسهام من عدم جواز المسابقة بعوض، بل قد نقل الإجماع على جواز ذلك جمع من أهل العلم كابن عبد البر (١) وابن هبيرة (٢) والقرطبيّ (٣) وابن القيم (٤).

ومستند الإجماع حديث أبي هريرة السابق: «لا سبق إلا في نصل، أو خف، أو حافر»، وهو نص في المسألة.

---

(١) انظر: التمهيد لابن عبد البر ٨٨/١٤. وقد سبقت ترجمة ابن عبد البر.

(٢) انظر: اختلاف الأئمة العلماء ٣٦٠/٢. وقد سبقت ترجمة ابن هبيرة.

(٣) انظر: الجامع لأحكام القرآن ١٤٦/٩.والقرطبيّ هو: محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاريّ الخزرجيّ الأندلسيّ، أبو عبد الله، القرطبيّ، من كبار المفسرين. صالح متعبد، من أهل قرطبة. رحل إلى الشرق واستقر في شمالي أسيوط بمصر، توفى فيها سنة ٦٧١هـ. من كتبه "الجامع لأحكام القرآن" يعرف بتفسير القرطبيّ، و"التذكرة بأحوال الموتى". انظر: شذرات الذهب لابن العماد ٥٨٤/٧.

(٤) انظر: الفروسية ص١٦٠.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر في حديث أبي هريرة الذي استدلوا به.

ثانيًا–التحقيق في استثناء الأقدام ومسائل الفقه:

ذهب الحنفيّة إلى استثناء المسابقة في مسائل الفقه والمسابقة بالأقدام من قولهم السابق –وهو عدم جواز المسابقة بعوض–ووافقهم الشافعيّة على الثانية في وجه، كما وافقهم الحنابلة على الأولى في وجه (١)، ودليلهم على ذلك:

١–القياس على الثلاثة التي ورد ذكرها في حديث أبي هريرة السابق، فالنبيّ ﷺ إنما خص هذه الثلاثة؛ لأنه يستفاد منها في الجهاد ونصرة الدين، والمسابقة في مسائل الفقه والمسابقة بالأقدام يستفاد منهما في الجهاد بنوعيه (٢).

٢–ولأن الغزاة يحتاجون إلى رياضة خيلهم وأنفسهم والتعلم للكر والفر (٣).

الراجح:

سبق أن رجحت جواز المسابقة بعوض في كل ما يحتاج إليه في الجهاد، ويدخل فيه ضمنًا ما استثنوه هنا؛ وبناء عليه فلا حاجة لهذا الاستثناء.

سبب الاستثناء:

القياس، وهو ظاهر في قياسهم المسابقة في مسائل الفقه والمسابقة بالأقدام على ما ورد ذكره في حديث أبي هريرة بجامع الحاجة إليها في الجهاد بنوعيه.

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٢٧/٦، وروضة الطالبين للنوويّ ٣٥١/١٠، والإنصاف للمرداويّ مع المقنع والشرح الكبير ١١/١٥.

(٢) المقصود بنوعيه: جهاد الحجة والبرهان، وجهاد السيف والسنان.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٢٧/٦.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يظهر -والله أعلم-أن القاعدة المرتبطة في استثناء الخيل والإبل والسهام والأقدام ومسائل الفقه من عدم جواز المسابق بعوض هي القاعدة الفقهيّة: "إذا تعَارض مفسدتان روعي أعظمهما ضَرَرًا بارتكاب أخفهما" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار"؛ وذلك لأن مفسدة أخذ العوض التي يراها القائلون بعدم الجواز هي أهون بكثير من مفسدة تقاعس الناس عن الجهاد والإعداد له، فروعيت الثانية بارتكاب الأولى (١).

---

(١) انظر: الكافي لابن قدامة ١٦٧/٤، وزاد المعاد لابن القيم ٤٢٥/٣، وشرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ٢٠١/١.

المطلب الثاني

استثناء المفضول في المسابقة من جواز الفسخ لكلا الطرفين في عقد المسابقة

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم عقد المسابقة [1]:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول–ذهب الحنفيّة والمشهور من مذهب الحنابلة إلى أن المسابقة عقد جائز يصح لكلا الطرفين الفسخ [2].

القول الثاني–ذهب المالكيّة وهو الأظهر عند الشافعيّة إلى أن المسابقة عقد لازم لا يصح فسخه إلا برضاهما كعقد الإجارة [3].

القول الثالث–وهو قول للشافعيّ واحتمال في مذهب الحنابلة وفيه تفصيل: فإن كان العِوض من أحدهما أو من غيرهما فهو جائز في حقهما كالجعالة، وإن كان منهما ففيه قولان: الصحيح منهما اللزوم [4].

---

(١) المراد بالمسألة: بيان حكم عقد المسابقة من جهة الجواز واللزوم.

(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٥٥٤/٨، وحاشية ابن عابدين ٤٠٢/٦، والمغني لابن قدامة ٤٦٩/٩، وكشاف القناع للبهوتيّ ٥٢/٤.

(٣) انظر: التاج والإكليل لابن المواق ٦٠٩/٤، وشرح الخرشيّ ١٥٤/٣، والمهذب للشيرازيّ ٢٧٥/٢، وروضة الطالبين للنوويّ ٣٦١/١٠، وحاشيتا قليوبي وعميرة ٢٦٧/٤، ونهاية المحتاج للرمليّ ١٦٦/٨.

(٤) انظر: المهذب للشيرازيّ ٢٧٥/٢، والمغني لابن قدامة ٤٦٩/٩.

دليل القول الأول:

لأنه عقد على ما لا تتحقق القدرة على تسليمه كالجعالة فكان جائزًا كرد الآبق؛ وذلك لأنه عقد على الإصابة ولا يدخل تحت قدرته (١).

يجاب عنه:

أن الجعالة تختلف عن المسابقة، فالمسابقة تكون على عمل معلوم للمتسابق، أما الجعالة فتكون على عمل مجهول لا يعلم العامل مقداره ولا مدته، كما أن المسابقة تكون بغرض التحريض على السبق وتمرينًا للنفس على الجهاد، وقد يكون قصد الباذل إفراح نفسه بظهوره على الآخر، أما الجعالة فقصد الباذل فيها الحصول على العمل من الآخر (٢).

دليل القول الثاني:

لأن من شروط السبق أن يكون العوض والمعوض معلومين فكان لازمًا كالإجارة (٣).

يجاب عنه: أنه يفارق الإجارة بكونه لا تتحقق القدرة على تسليمه (٤).

دليل القول الثالث:

لأن لزوم العقد في حق من لم يُخرج العوض لا فائدة فيه؛ إذ لا يلزمه شيء، فإنه إما أن يكسب مالًا أو لا يعطي شيئًا، فلا فائدة لإلزامه بعقد لا يكون معطيًا لأحد (٥).

---

(١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٩/١٥.

(٢) انظر: الفروسية لابن القيم ص٣٢٤، وكشاف القناع للبهوتيّ ٥٢/٤.

(٣) انظر: المهذب للشيرازيّ ٢٧٥/٢.

(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٩/١٥.

(٥) الفروسية لابن القيم ص٣٥٠.

الراجح:

أن عقد المسابقة وإن كان يشابه الجعالة والإجارة من بعض الوجوه إلا أنه يفارقهما في وجوه أخرى، ولا يوجد مانع شرعيّ من عَدِّه عقدًا جائزًا جديدًا مستقلًا بذاته ليس داخلًا في الجعالة؛ لأن الأصل في العقود الصحة والجواز، وهذا ما رجحه ابن القيم (١).

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء المفضول:

يرد الاستثناء على القائلين بأن عقد المسابقة عقد جائز للطرفين وهم الحنفيّة والشافعيّة في قول والمشهور من مذهب الحنابلة وقول ابن القيم.

والمراد بالمسألة: إذا شرع المتسابقان في السباق وظهر لأحدهما فضل على صاحبه فهل يحق للمفضول فسخ العقد باعتبار أن العقد جائز للطرفين، فذهب الشافعيّة في قول وهو المذهب عند الحنابلة إلى عدم جواز الفسخ في هذه الحالة (٢)، ودليلهم على ذلك: لأنه لو جاز الفسخ لم يسبق أحدُ أحدًا؛ لأنه متى لاح له أن صاحبه يغلب فسخ العقد، فيبطل المقصود ويفوت غرض المسابقة(٣).

الراجح:

يترجح -والله أعلم-صحة الاستثناء؛ لموافقته مقصود المسابقة، ولأنه لو لم يراعَ ذلك لانقطع الناس عن المسابقة ولذهبت المصلحة التي من أجلها شرعت المسابقة.

سبب الاستثناء:

المصلحة: وبيان ذلك: أن مصلحة المسابقة في تمرين النفس على الجهاد مصلحة رعاها الشارع وحث عليها، فإذا جوزنا للمفضول الفسخ إذا لاح له أنه صاحبه سيغلبه، فإن الناس سيعزفون قطعًا

---

(١) انظر: إعلام الموقعين ٢٥٩/١، والفروسية ص٣٢٤-٣٢٥.

(٢) انظر: المهذب للشيرازيّ ٢٧٦/٢، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٠/١٥.

(٣) انظر: المراجع السابقة، وانظر: الفروسية لابن القيم ص٣٥٣. وقد سبقت ترجمة ابن القيم.

عن المسابقة؛ لأنه لن يسبق أحدٌ أحدًا، وفي هذا مفسدة وتعطيل لبعض معنى قوله تعالى: ﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ﴾ (١).

القاعدة الفقهيّة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "إذا تعَارض مفسدتان روعي أعظمهما ضَرَرًا بارتكاب أخفهما" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار"؛ وذلك لأن مفسدة عزوف الناس عن المسابقة التي شرعت لتمرين النفس على الجهاد أعظم من مفسدة منع المفضول من فسخ المسابقة، فروعيت الأولى بارتكاب الثانية (٢).

(١) سورة الأنفال: الآية ٦٠. انظر: تفسير القرطبيّ ٣٥/٨.

(٢) انظر: زاد المعاد لابن القيم ٤٢٥/٣ و١٣٣/٤ و٤٦٦/٥، وشرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ٢٠١/١.

المبحث الثاني عشر

المستثنيات في باب الشفعة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول–استثناء إسقاط الشفيع حقه قبل البيع من جواز إسقاطه حقه في الشفعة.

المطلب الثاني–استثناء ما إذا كان التلف بآفة سماوية من تضمين المشتري إذا تلف بعض المشفوع فيه وهو بيده.

المطلب الثالث–استثناء حال النقص من عدم لحوق تغيّر ثمن الشفعة بعد مدة الخيار.

المطلب الأول

استثناء إسقاط الشفيع حقه قبل البيع من جواز إسقاطه حقه في الشفعة[1]

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم إسقاط الشفيع حقه في الشفعة:

اتفقت المذاهب الأربعة على أن للشفيع إسقاط حقه في الشفعة، ولم أجد مخالفًا لهم، فإذا قال الشفيع: أبطلت الشفعة، أو أسقطتها، أو أبرأتك عنها، أو نحو ذلك، فإن حقه في الشفعة يسقط؛ لأن الشفعة خالص حقه، فيملك التصرف فيها استيفاءً وإسقاطًا، كالإبراء عن الدين والعفو عن القصاص ونحو ذلك، ولأنه تصرف منه على نفسه، ولا يتعدى تصرفه على غيره [2].

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء إسقاط الشفيع حقه قبل البيع:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

---

(١) الشفعة لغةً: قال ابن فارس: الشين والفاء والعين أصل صحيح يدل على مقارنة الشيئين، من ذلك الشفع خلاف الوتر، والشفعة في الدار من هذا، سميت شفعة لأنه يشفع بها ماله. مقاييس اللغة ٣/٢٠١ مادة (شفع).

وفي اصطلاح الفقهاء عرفها الحنفيّة بأنها: تملك البقعة جبرًا على المشتري بما قام عليه. فتح القدير لابن الهمام ٩/٣٦٩، وعرفها المالكيّة بأنها: استحقاق شريك ولو ذميّا أَخْذ مبيع شريكه بثمنه. انظر: التاج والإكليل لابن المواق ٧/٣٦٧، وحاشية الدسوقيّ ٣/٣٧٢، وعرفها الشافعيّة بأنها: حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الشريك الحادث فيما ملك بعوض. مغني المحتاج للشربينيّ ٣/٣٧٢، وعرفها الحنابلة بأنها: استحقاق الشريك انتزاع حصة شريكه المنتقلة عنه من يد من انتقلت إليه. المغني لابن قدامة ٥/٢٢٩. وهي متفقة في بيان ماهية الشفعة وإن اختلفت في بعض مسائلها الفرعية بحسب اشتراطات كل مذهب ليس هذا محل بحثها.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٤/١٥٤، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ٥/١٩، والذخيرة للقرافيّ ٧/٣٧٨، والقوانين الفقهيّة لابن جزيّ ١/١٨٩، وروضة الطالبين للنوويّ ٥/١٠٢، وتكملة المجموع للمطيعي ١٤/٣٣٠–٣٤٤، ومغني المحتاج للشربينيّ ٣/٣٩٠، وإعانة الطالبين للبكري ٢/٤١٤، والمغني لابن قدامة ٥/٢٨٢، وشرح الزركشيّ ٤/٢٠٥.

القول الأول–وهو رواية عن الإمام أحمد وقول طائفة من أهل الحديث وهو سقوط الشفعة في حق الشفيع إذا أسقطها قبل البيع (١)، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم (٢).

القول الثاني–ذهب جماهير العلماء من الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة والمشهور من مذهب الحنابلة إلى أن الشفيع إذا أسقط حقه في الشفعة قبل البيع فإنها لا تسقط وله المطالبة بها، وهو استثناء من قولهم في المسألة السابقة (٣).

أدلة القول الأول:

١–ما جاء عن جابر رضي الله عنه قال: «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم، ربعة أو حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به» (٤)، وجه الدلالة: مفهوم الحديث أنه إن باعه وقد آذنه فلا حق له (٥).

٢–ولأن الشفعة تثبت في موضع الاتفاق على خلاف الأصل؛ لكونه يأخذ ملك المشتري من غير رضائه، ويجبره على المعاوضة به؛ لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بإدخاله الضرر على شريكه، وتركه الإحسان إليه في عرضه عليه، وهذا المعنى معدوم هاهنا، فإنه قد عرضه عليه قبل البيع، وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه ببيعه، وإن كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه، فلا يستحق الشفعة، كما لو أخر المطالبة بعد البيع (٦).

---

(١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٤٠٩/١٥.

(٢) انظر: إعلام الموقعين لابن القيم ٩٣/٢، وزاد المعاد له أيضًا ٤٥٩/٥، وقواعد ابن رجب ص٧.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٥٤/١٤، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ١٩/٥، وعمدة القاري للعينيّ ٧٣/١٢، والذخيرة للقرافيّ ٣٧٨/٧، والقوانين الفقهيّة لابن جزيّ ١٨٩/١، وروضة الطالبين للنوويّ ١٠٢/٥، وشرح النوويّ على مسلم ٤٧/١١، وتكملة المجموع للمطيعي ٣٣٠/١٤–٣٤٤، ومغني المحتاج للشربينيّ ٣٩٠/٣، وإعانة الطالبين للبكري ٤١٤/٢، والمغني لابن قدامة ٢٨٢/٥.

(٤) أخرجه مسلم، كتاب المساقاة، باب الشفعة ١٢٢٩/٣، برقم (١٦٠٨).

(٥) انظر: شرح الزركشيّ ٢٠٦/٤.

(٦) انظر: المغني لابن قدامة ٢٨٢/٥. وهذا الدليل ذكره الحنابلة، ولابن القيم رد على من يقول: إن في الشريعة شيئًا على خلاف القياس، فقال في إعلام الموقعين ٢٩٠/١: "من رأى شيئًا من الشريعة مخالفًا للقياس فإنما هو مخالف للقياس الذي انعقد في نفسه، ليس مخالفًا للقياس الصحيح الثابت في نفس الأمر، وحيث علمنا أن النص ورد بخلاف قياس علمنا قطعا أنه قياس فاسد، بمعنى أن صورة النص امتازت عن تلك الصور التي يظن أنها مثلها

دليل القول الثاني:

لأن إسقاط الشفعة قبل البيع هو من باب إسقاط الحق قبل وجوبه، كما لو أبرأه مما يجب له، أو أسقطت المرأة صداقها قبل التزويج، وذلك لا يصح (١).

يجاب عنه:

أن الحكمة من مشروعية الشفعة هي رفع الضرر عن الشفيع، فإذا أذن أو أسقط حقه في الشفعة قبل البيع فإن الحق لا يعدوه، ولا ضرر فيه على غيره (٢).

الراجح:

يترجح -والله أعلم-القول الأول؛ لأن فيه جمعًا بين النصوص، وأقرب للمعنى الذي شرعت لأجله الشفعة؛ وبناء عليه يظهر عدم صحة الاستثناء، فيكون إسقاط الشفيع حقه في الشفعة لا فرق فيه بين ما كان قبل البيع أو بعده.

=بوصف أوجب تخصيص الشارع لها بذلك الحكم، فليس في الشريعة ما يخالف قياسًا صحيحًا، ولكن يخالف القياس الفاسد، وإن كان بعض الناس لا يعلم فساده" وقال أيضًا: "فالقياس الصحيح مثل أن تكون العلة التي علق بها الحكم في الأصل موجودة في الفرع من غير معارض في الفرع يمنع حكمها، ومثل هذا القياس لا تأتي الشريعة بخلافه قط، وكذلك القياس بإلغاء الفارق، وهو: أن لا يكون بين الصورتين فرق مؤثر في الشرع، فمثل هذا القياس أيضًا لا تأتي الشريعة بخلافه، وحيث جاءت الشريعة باختصاص بعض الأحكام بحكم يفارق به نظائره فلا بد أن يختص ذلك النوع بوصف يوجب اختصاصه بالحكم ويمنع مساواته لغيره، لكن الوصف الذي اختص به ذلك النوع قد يظهر لبعض الناس وقد لا يظهر، وليس من شرط القياس الصحيح أن يعلم صحته كل أحد".

(١) انظر: انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٤١٠/١٥.

(٢) انظر: بدائع الفوائد لابن القيم ١٠١/٣، ونيل الأوطار للشوكانيّ ٣٩٨/٥. ولابن حزم في المحلى كلام نفيس حول ذلك بعدما ذكر دليل الجمهور ونصه: "وهذا ليس بشيء: أول ذلك قولهم: إن الشفعة لم تجب له بعد، فهذا باطل؛ لأن الشفعة وغير الشفعة من أحكام الديانة كلها لا تجب إلا إذا أوجبها الله تعالى على لسان رسوله ﷺ وإلا فما لم يجئ هذا المجيء فليس هو من الدين، ورسول الله ﷺ هو الذي أوجب حق الشفيع بعرض الشفعة عليه قبل البيع، وأسقط حقه بتركه الأخذ حينئذ، ولم يجعل له بعد البيع حقًا أصلًا، إلا بأن لا يعرض عليه قبل البيع فحينئذٍ يبقى له الحق بعد البيع، وإلا فلا، هذا هو حكم الله تعالى على لسان رسوله ﷺ فليأتونا عنه ﷺ بأن الأخذ لا يجب للشفيع إلا بعد البيع فقط، وهذا ما لا يجدونه أبدًا، فظهر فساد قولهم من كثب -ثم قال-وليت شعري أين كان الحنفيّون عن هذا النظر حيث أجازوا الزكاة قبل الحول، نعم، وقبل دخوله، والمالكيّون كذلك قبل تمام الحول بشهرين، والشافعيّون كذلك قبل تمام الحول؟ وأين كان المالكيّون عن هذا النظر حيث أجازوا إذن الوارث للموصي في أكثر من الثلث والمال لم يجب لهم بعد، ولا لهم فيه حق، ولعله هو يرثهم أو لعله سيحدث له ولد يحجبهم؟ وأين كانوا عن هذا النظر في إجازتهم الطلاق قبل النكاح، والعتق قبل الملك، فأعجبوا لهذه التخاليط" ١١/٨-١٢.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر بحديث جابر ﵁ الذي استدلوا به، ويؤيد ذلك قول الزركشيّ لما ذكر الحديث قال: "مفهومه أنه إن باعه وقد آذنه فلا حق له، وهذا ظاهر، والله أعلم" [١].

---

(١) شرح الزركشيّ ٢٠٦/٤. وقد سبقت ترجمة الزركشيّ.

المطلب الثاني

استثناء ما إذا كان التلف بآفة سماوية من تضمين المشتري إذا تلف بعض المشفوع فيه وهو بيده

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم المشفوع فيه الذي تلف بعضه وهو بيد المشتري:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول–ذهب الحنفيّة والصحيح من مذهب الشافعيّة والمذهب عند الحنابلة أن المشفوع فيه إذا تلف بعضه وهو بيد المشتري وأراد الشفيع أخذه فله أخذه بحصته من الثمن، ويكون الضمان على المشتري (1).

القول الثاني–ذهب المالكيّة والشافعيّة في قول أن المشتري لا ضمان عليه، والشفيع ليس له إلا الأخذ بكل الثمن أو الترك (2).

أدلة القول الأول:

١–لأنه تعذر على الشفيع أخذ الجميع، وقدر على أخذ البعض، فكان له الأخذ بالحصة من الثمن؛ لأن الثمن في مقابلة المبيع، فمتى نقص شيء من المبيع نقص بقدره من الثمن.

٢–ولأن التلف لا صنع للشفيع فيه، والذي يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه، ولا يتضرر المشتري بأخذه(3).

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١١١/١٤، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ٢٨/٥، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٥١/٥، والبحر الرائق لابن نجيم ١٥٥/٨، والمهذب للشيرازيّ ٢١٥/٢، وروضة الطالبين للنوويّ ٨٩/٥، وأسنى المطالب للسنيكيّ ٣٦٠/٢، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٤٤١/١٥، وكشاف القناع للبهوتيّ ١٥٠/٤.

(٢) انظر: المدونة للإمام مالك ٢٤٤/٤، والتاج والإكليل لابن المواق ٣٩٩/٧، ومنح الجليل لمحمد عليش ٢٣٧/٧، والمهذب للشيرازيّ ٢١٥/٢، ونهاية المطلب للجوينيّ ٣٦٨/٧.

(٣) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٤٤٢/١٥.

دليل القول الثاني:

لأنه تصرف في ملكه بما يجوز، فلم يكن عليه ضمان؛ لأنه ليس بغاصب ولا متعدٍ [(١)].

يجاب عنه من وجهين:

أولًا–أن العين لم تكن أمانة في يده حتى لا يضمن ما تلف فيها، فإذا كان الضمان على المشتري كان عليه قيمة ما تلف في يده.

ثانيًا–أن إلزام الشفيع بأن يأخذ بعض المبيع بجميع الثمن فيه إضرار بالشفيع أيضًا، والعدل أن يؤخذ المبيع بحصته من الثمن، فلا إضرار بالشفيع ولا إضرار بالمشتري.

الراجح:

يترجح –والله أعلم–القول الأول؛ لقوة أدلتهم، ولأن في فيه مراعاة للضرر من جهة الشفيع والمشتري بما يحقق مقصود القاعدة الفقهيّة: "لا ضرر ولا ضرار"، بخلاف القول الثاني الذي راعى الضرر من جهة المشتري وأغفله من جهة الشفيع.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما إذا كان التلف بآفة سماوية:

يرِد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة فذهب الحنفيّة وبعض الشافعيّة وابن حامد [(٢)] من الحنابلة إلى استثناء ما إذا كان تلف المشفوع فيه بسبب آفة سماوية فإنه ليس للشفيع إلا الأخذ بكل الثمن أو الترك، وقيد الحنفيّة الاستثناء بما إذا كان التلف يعود إلى شيء تابع

---

(١) انظر: التاج والإكليل لابن المواق ٣٩٩/٧.

(٢) هو الحسن بن حامد بن علي بن مروان البغداديّ، أبو عبد الله إمام الحنابلة في زمانه ومدرسهم ومفتيهم، من أهل بغداد، عاش طويلًا، وتوفي راجعًا من الحج بقرب (واقصة) سنة ٤٠٣هـ، له مصنفات في الفقه وغيره، منها (الجامع) في فقه ابن حنبل، نحو أربع مئة جزء و(شرح الخرقي)، وكان ينسخ الكتب ويقتات من أجرتها، وكان مُعظَمًا مُقدَمًا عند الدولة وغيرهم. انظر: طبقات الحنابلة لأبي يعلى ١٧١/٢، والسير للذهبيّ ٢٠٣/١٧، وشذرات الذهب لابن العماد ١٧/٥.

كالغراس والبناء لا إلى الأصل [1]، ودليلهم على ذلك: أن التلف بآفة سماوية لا يرجع على المشتري ما نقص في المشفوع فيه كما إذا تلف بفعل آدميّ، وتضمينه ذلك إضرار به [2].

يجاب عنهم بمثل الجواب على مذهب المالكيّة في المسألة السابقة.

الراجح:

يترجح -والله أعلم- عدم صحة الاستثناء؛ فالشفيع يأخذ المبيع بحصته من الثمن، ولا يتحمل تلف ما حصل في يد غيره من غير فعله، سواء أكان بآفة سماوية أم فعل آدميّ؛ لأن هذا فيه اعتبار لمصحلة الشفيع والمشتري على السواء.

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أن القائلين بالاستثناء راعوا الضرر الواقع على المشتري في تحميله ما تلف بالآفة السماوية، ولا شك في أن مراعاة الضرر فيه مصلحة للمشتري بدفع الضرر عنه.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "الضرر يزال" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار"، فراعى القائلون بالاستثناء الضرر الواقع على المشتري؛ ولذلك استثنوا ما كان بسبب الآفة السماوية [3].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٢٨/٥، ونهاية المطلب للجوينيّ ٣٦٨/٧، وروضة الطالبين للنوويّ ٨٩/٥.

(٢) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٤٤٢/١٥.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ٧٢/١، والأشباه والنظائر للسبكيّ ٤١/١، والأشباه والنظائر للسيوطيّ ٨٤/١.

المطلب الثالث

استثناء حال النقص من عدم لحوق تغيّر ثمن الشفعة بعد مدة الخيار

وفيه فرعان:

الفرع الأول-حكم تغيّر ثمن الشفعة بعد مدة الخيار:

المراد بالمسألة: إذا تبايع البائع والمشتري ثم غيّرا الثمن بعد مدة الخيار، فهل هذا التغيير يُلحق بالعقد أو لا؟ اتفقت المذاهب الأربعة على عدم اعتبار التغيير بعد مدة الخيار ولا يثبت ذلك في حق الشفيع [1]، ولم أقف على مخالف لهم، ودليلهم على ذلك:

١-لأن التغيير بعد العقد يُعَدُّ هبة له شروط الهبة، أو إبراء مبتدأ، ولا يثبت ذلك في حق الشفيع[2].

٢-ولأن فيه إضرارًا بالشفيع فيما لو زاد عليه الثمن؛ لأنه ظهر أن البائع أخذ منه فوق حقه [3].

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء حال النقص:

ذهب الحنفيّة إلى استثناء النقص من قولهم السابق، فقالوا: إذا حطَّ البائع من الثمن عن المشتري فإن ذلك الجزء ينقص من الواجب على الشفيع، ووافقهم المالكيّة في ذلك إلا أنهم قيدوا النقص بما يمكن أن يكون ثمنًا مما جرت عادة الناس بحطه من الثمن [4]، ودليلهم على ذلك:

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٠٧/١٤، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٤٨/٥، والذخيرة للقرافيّ ٣٥١/٧، وشرح الخرشيّ ١٨٠/٦، وروضة الطالبين للنوويّ ٩٠/٥، وأسنى المطالب للسنيكيّ ٣٧٠/٢، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٤٨٣/١٥، وكشاف القناع للبهوتيّ ١٦٠/٤.

(٢) انظر: كشاف القناع للبهوتيّ ١٦٠/٤. وهذا الدليل للشافعيّة والحنابلة، أما الحنفيّة والمالكيّة فلا مانع لديهم من تعديل العقد بالنقص كما سيأتي، وإنما منعوا هنا للضرر الحاصل على الشفيع.

(٣) انظر: الملكية ونظريّة العقد لأبي زهرة ص١٩٢-١٩٣.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٠٧/١٤، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٤٨/٥، والذخيرة للقرافيّ ٣٥١/٧، وشرح الخرشيّ ١٨٠/٦.

أن المتبقي من الثمن يكون أقرب للثمن الحقيقيّ للمبيع، وهذا فيه منفعة للشفيع [(١)].

يجاب عنهم: أن قولهم يؤدي إلى عدم استقرار العقود وتعاملات الناس، ولا فائدة مما يذكره الفقهاء من لزوم العقد إذا أمكن تغيير الثمن بعد لزومه؛ وبناء عليه فلا تترتب آثار العقود عليها بهذه الطريقة، وهذه مفسدة ينبغي لها أن تُراعى.

الراجح:

يترجح –والله أعلم–عدم صحة الاستثناء؛ لأن الأصل عدم إلحاق أي تغيير بالعقد بعد لزومه، ولمصلحة الناس في استقرار العقود التي يؤدي الإخلال بها إلى النزاع بينهم والاختلاف.

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أن القائلين بالاستثناء راعوا مصلحة الشفيع في حالة نقص الثمن وأخذه المبيع بثمنه الحقيقيّ أو مايقاربه.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٠٧/١٤، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٤٨/٥، والذخيرة للقرافيّ ٣٥١/٧، وشرح الخرشيّ ١٨٠/٦.

الفصل الثاني

المستثنيات الفقهيّة في عقود التبرعات

وفيه خمسة مباحث:

المبحث الأول–المستثنيات في باب العارية.

المبحث الثاني–المستثنيات في باب الوديعة.

المبحث الثالث–المستثنيات في باب الوقف.

المبحث الرابع–المستثنيات في باب الهبة والعطية.

المبحث الخامس–المستثنيات في باب الوصايا.

المبحث الأول

المستثنيات في باب العارية

وفيه مطلب واحد:

استثناء منافع البضع من جواز العارية [1]، وفيه فرعان:

الفرع الأول–مشروعية العارية:

أجمع المسلمون على جواز العارية، وقد نقل الإجماع على ذلك ابن حزم [2] وابن هبيرة[3] وابن قدامة [4] والشوكانيّ [5]، ومستند الإجماع ما يأتي:

---

(١) العارية في اللغة: قال ابن منظور: "والعارِيّة والعارةُ: ما تداولوه بينهم؛ وقد أَعارَه الشيءَ وأَعارَه منه وعاوَرَه إيَّاه. والمُعاوَرة والتَّعاوُر: شِبْهُ المُدَاوَلة والتّداوُل في الشيءِ يكون بين اثنين". لسان العرب ٤ / ٦١٨.

وفي اصطلاح الفقهاء: عرفها الحنفيّة والمالكيّة بأنها: تمليك المنافع بغير عوض. تبيين الحقائق للزيلعيّ ٨٣/٥، والذخيرة للقرافيّ ١٩٧/٦، وعرفها الشافعيّة بأنها: إباحة الانتفاع بما يحل الانتفاع به مع بقاء عينه. مغني المحتاج للشربينيّ ٣ / ٣١٣، وعرفها الحنابلة بأنها: إباحة الانتفاع بعين من أعيان المال. المغني لابن قدامة ٥ / ١٦٣، وتعريف الشافعيّة والحنابلة أدق من تعريف الحنفيّة والمالكيّة؛ لأن التعبير بالإباحة أولى من التعبير بالتمليك؛ لأن التمليك لا يصح مع الجهالة، ولأن من ملك شيئًا ملك التصرف فيها، والمستعير لا يملك إجارة ما استعار، ولا إعارته، بخلاف المستأجر الذي يملك المنفعة، فهو يملك إجارتها وإعارتها للغير، أما الإباحة فهي رفع الحرج من تناول ما ليس مملوكًا للغير، وهذا أقرب لمعنى العارية. انظر: المغني لابن قدامة ١٦٨/٥.

(٢) مراتب الإجماع ص٩٤. وقد سبقت ترجمة ابن حزم.

(٣) اختلاف الأئمة العلماء ٣/٢. وقد سبقت ترجمة ابن هبيرة.

(٤) المغني ١٦٣/٥. وقد سبقت ترجمة ابن قدامة.

(٥) نيل الأوطار ٣٥٤/٥. والشوكانيّ هو: مُحَمَّد بن علي بن مُحَمَّد بن عبد الله الشوكانيّ ثمَّ الصنعانيّ، ولد سنة ١١٧٣هـ بهجرة شوكان في اليمن، وكان قد فرغ نَفسه لإِفَادَة الطّلبَة، فكانوا يأخذون عنه في كل يوم زيادَة على عشرَة دروس فِي فنون متعددة، وصنف تصانيف مطولات ومختصرات فمنها: شرح الْمُنْتَقى، وفتح القدير، توفي سنة ١٢٥٠هـ. انظر: البدر الطالع له حيث ترجم لنفسه رحمه الله ٢١٤/٢–٢٢٣.

١-قوله تعالى: ﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾ [(١)]، قَالَ أَكْثَرُ المفسرين: الماعون: اسم لما يتعاوره النَّاسُ بَيْنَهُمْ [(٢)]، وهذا ذم للمانعين لها [(٣)].

٢-ما جاء عن النبيّ ﷺ أنه قال في الخطبة عام حجة الوداع: «العارية مؤداة، والزعيم غارم، والدين مقضي» [(٤)]، وجه الدلالة: أن الحديث دل على وجوب رد العين المعارة بعد الانتفاع بها، وهذا دليل على مشروعيتها؛ إذ لو لم تكن كذلك لنهى عن أخذها.

٣-ما جاء عن صفوان بن أمية [(٥)]، أن رسول الله ﷺ استعار منه أدرعًا يوم حنين فقال: أغصب يا محمد، فقال: «لا، بل عارية مضمونة» [(٦)]، وجه الدلالة: أن استعارة النبيّ ﷺ للدرع دليل على مشروعية العارية.

٤-ولأنه إذا جازت هبة الأعيان جازت هبة المنافع، بجامع دفع الحاجة في كلٍّ [(٧)].

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء منافع البضع:

حكى ابن حزم [(٨)] الإجماع على عدم جواز إعارة البضع -وهو الفرج-،

---

(١) سورة الماعون: الآية ٧.

(٢) انظر: تفسير القرطبيّ ٢١٤/٢٠، وفتح القدير للشوكانيّ ٦١٢/٥.

(٣) تفسير السعديّ ص٩٣٥.

(٤) أخرجه الترمذيّ في البيوع، باب ما جاء في أن العارية مؤداة ٥٥٧/٣ برقم (١٢٦٥) وقال الترمذيّ: "وحديث أبي أمامة حديث حسن، وقد رُوي عن أبي أمامة، عن النبيّ ﷺ أيضا من غير هذا الوجه".

(٥) سبقت ترجمته.

(٦) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في تضمين العور ٢٩٦/٣ برقم (٣٥٦٢)، ورواه الحاكم في المستدرك في كتاب البيوع ٥٤/٢ برقم (٢٣٠٠) وقال له شاهد صحيح، وهو حديث ابن عباس وهو قريب من لفظ الحديث المذكور قال عنه الحاكم: حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه، كما له شاهد من حديث جابر بن عبد الله وقد رواه الحاكم في المستدرك في كتاب المغازي والسرايا ٥١/٣ برقم (٤٣٦٩) وقال: "صحيح الإسناد ولم يخرجاه".

(٧) انظر: الهداية للمرغينانيّ ٢١٨/٣، والمغني لابن قدامة ١٦٣/٥.

(٨) مراتب الإجماع ص٩٤.

كما حكاه شمس الدين أبو الفرج ابن قدامة (١)، ولم أقف على مخالف لهم، ومستندهم في ذلك:

١-أن البضع إنما يباح بأحد شيئين، الزوجية، وملك اليمين؛ لقوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ (٢).

٢-ولأنه لو أجيزت إعارة البضع لم يحرم الزنا؛ لأن الزانية تبذل نفسها له، والزاني مثلها، وحسبك بهذا فسادًا وسقوطًا؛ لأن الزنا معلوم من الدين بالضرورة تحريمه قصدًا، فلا يباح بأي حال من الأحوال (٣).

وبهذا يتبين صحة الاستثناء، وإنما ينص الفقهاء على البضع لخطورته وعظم التلاعب به الذي يفضي إلى التلاعب بالأنساب، وإلا فإن جماهير العلماء ينصون على أن من شرط المنفعة المعارة أن تكون مباحة النفع وأن يكون المستعير مما يباح انتفاعه؛ وبناء عليه يحرم إعارة البضع وآلات اللهو، كما يحرم إعارة الدار لمن يشرب فيها خمرًا، ويحرم إعارة الصيد والطيب للمُحْرِم، ويحرم إعارة السلاح للحربيّ، ويحرم إعارة المصحف للكافر، فكل ما خالف هذين الشرطين مستثنى من جواز العارية (٤).

---

(١) الشرح الكبير ٦٧/١٥. وشمس الدين هو: عبد الرحمن بن محمد بن أحمد بن قدامة المقدسيّ الجماعيلي الحنبليّ، من أعيان الحنابلة ولد سنة ٥٩٧هـ وهو أول من ولى القضاء بها من الحنابلة، له تصانيف منها الشرح الكبير للمقنع فى فقه الحنابلة، شرحه في عشر مجلدات وانتهت إليه رئاسة العلم في زمانه، كان ذكيًا، وله قدرة على الحفظ، وله شعر جيد، توفي في دمشق سنة ٦٨٢هـ. انظر: ذيل طبقات الحنابلة لابن رجب ١٧٤/٤، وشذرات الذهب لابن العماد ٧١٢/٧.

(٢) سورة المؤمنون: الآية ٥-٧.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٦٩/١٥.

(٤) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٩٧/٤، والذخيرة للقرافيّ ١٩٨/٦، وحاشية الدسوقيّ ٤٣٤/٣-٤٣٥، والمهذب للشيرازيّ ١٨٨/٢، وروضة الطالبين للنوويّ ٤٢٧/٤، ومغني المحتاج للشربينيّ ٣١٦/٣، والمغني لابن قدامة ١٦٧/٥، وكشاف القناع للبهوتيّ ٦٣/٤.

سبب الاستثناء:

النص؛ لأن قوله تعالى: ﴿إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾ منعت إباحة البضع في غير الزوجية وملك اليمين، كما يعد الإجماع سببًا ثانيًا للاستثناء، وهو الإجماع الذي نقله ابن حزم وابن قدامة مع عدم المعارض لهما.

كما يمكن عَدّ المصلحة سببًا ثالثًا للاستثناء، وهي مصلحة حفظ الأنساب وعدم اختلاطها وفي ذلك حفظ للعرض الذي هو أحد الضروريات الخمس التي حرص الشارع على إقامتها.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "الأصل في الأبضاع التحريم"، وهو ما قرره قوله تعالى: ﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾، فما كان خارجًا عن النكاح وملك اليمين فهو باقٍ على الأصل وهو التحريم (١).

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ٥٧/١، والأشباه والنظائر للسيوطيّ ٦١/١.

المبحث الثاني

المستثنيات في باب الوديعة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول–استثناء حال تلف الوديعة من بين مال المودَع من عدم ضمانه عند عدم التعدي والتفريط.

المطلب الثاني–استثناء حال ما إذا نهى مالكُ البهيمة المودَعَ عن علفها من وجوب الضمان إذا ماتت البهيمة لعدم علفها.

المطلب الأول

استثناء حال تلف الوديعة [1] من بين مال المودَع من عدم ضمانه عند عدم التعدي والتفريط [2]

وفيه فرعان:

الفرع الأول-حكم ضمان الوديعة بلا تعدٍ ولا تفريط من المودَع:

أجمع العلماء في الجملة على أن الوديعة أمانة، فإذا تلفت بغير تعدٍ ولا تفريط من المُودَع فليس عليه ضمان، وقد نقل الإجماع جمع من أهل العلم كابن المنذر [3]، والشيرازيّ [4]،

(١) الوديعة في اللغة: الواو والدال والعين: أصل واحد يدل على الترك والتخلية. ودعه: تركه، ومنه دع، ومنه ودعته توديعًا. ورجل متدع: صاحب راحة، وقد نال الشيء وادعًا من غير تكلف. والوديع: الرجل الساكن. والموادعة: المصالحة والمتاركة. والوديعة فعيلة بمعنى مفعولة وأودعت زيدًا مالًا دفعته إليه ليكون عنده وديعة يحفظه. انظر: مادة (ودع) في تهذيب اللغة للأزهريّ ٨٨/٣، ومقاييس اللغة لابن فارس ٩٦/٦، والمصباح المنير للفيوميّ ٦٥٣/٢.

وفي اصطلاح الفقهاء عرفها الحنفيّة بأنها: ما يترك عند الأمين للحفظ. انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٧٦/٥، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٧٣/٧، وعرفها المالكيّة بأنها: مال موكل على حفظه. انظر: التاج والإكليل لابن المواق ٢٦٩/٧، والفواكه الدواني للنفراويّ ١٦٩/٢، وعرفها الشافعيّة بأنها: المال الموضوع عند أجنبيّ ليحفظه. روضة الطالبين للنوويّ ٣٢٤/٦، وعرفها الحنابلة بأنها: عقد تبرع بحفظ مال غيره بلا تصرف فيه. الإنصاف للمرداويّ ٣١٦/٦. وهي متقاربة في بيان ماهية الوديعة وإن اختلفوا في بعض تفاصيلها وشروطها ليس هذا محل بحثها.

(٢) قال السعديّ ﷺ: "الفرق بين التعدي والتفريط: أن التفريط ترك ما يجب من الحفظ، والتعدي فعل ما لا يجوز من التصرفات أو الاستعمالات". القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة ص ٤٤.

(٣) انظر: الإشراف لابن المنذر ٣٣٠/٦. وقد سبقت ترجمة ابن المنذر.

(٤) انظر: المهذب ١٨١/٢. والشيرازيّ هو: إبراهيم بن عليّ بن يوسف، أبو إسحاق، جمال الدين الشيرازيّ، ولد بفيروز آباد سنة ٣٩٣هـ، وانتقل إلى شيراز فقرأ على علمائها وانصرف إلى البصرة ومنها إلى بغداد سنة ٤١٥هـ، وظهر نبوغه في علوم الشريعة الإسلاميّة، فكان مرجع الطلاب ومفتي الأمة في عصره، واشتهر بقوة الحجة في الجدل والمناظرة، توفي سنة ٤٧٦هـ ببغداد، من تصانيفه المهذب في الفقه، والتبصرة في أصول الفقه. انظر: طبقات الشافعيّة الكبرى للسبكيّ ٢١٥/٤، وشذرات الذهب لابن العماد ٣٢٣/٥.

والوزير ابن هبيرة [1]، وابن رشد [2]، ومستندهم في ذلك:

١-قوله تعالى: ﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾ [3] فالأمانات كل ما ائتُمن عليه الإنسان وأُمر بالقيام به، فأمر الله عباده بأدائها، ومن ذلك الوديعة؛ لأن صاحبها ائتمن المودَع على حفظها، فاطمأن إليه، وإذا كانت الوديعة أمانة فإن الأمانات لا تضمن إلا بالتعدي أو التفريط؛ لأن الضمان ينافي الأمانة [4].

٢-قوله تعالى: ﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ﴾ [5] فمن أحسن إلى غيره، في نفسه، أو في ماله، ونحو ذلك، ثم ترتب على إحسانه نقص أو تلف، فهو غير ضامن لأنه محسن، والمودع إذا حفظ الوديعة فإنه يقوم بذلك لمصلحة مالكه، لا لمصلحته، فإذا تلفت الوديعة بلا تعدٍ ولا تفريط فلا سبيل عليه، وإلزامه بالضمان نوع من السبيل [6].

٣-ولأن المودَع يقبض الوديعة لمصلحة مالكها، فلو لزمه الضمان لامتنع الناس من قبول الوديعة، وهذا مضر لما في الناس من الحاجة إليها لحفظ أموالهم [7].

٤-ولأن الأصل الشرعيّ هو عدم الضمان؛ لأن مال المودَع معصوم بعصمة الإسلام، فلا يلزم منه شيء إلا بأمر الشرع، ولا يحتاج مع هذا الأصل إلى الاستدلال على عدم الضمان بما لم يثبت [8].

---

(١) انظر: اختلاف الأئمة العلماء ٥/٢. وقد سبقت ترجمة ابن هبيرة.

(٢) انظر: بداية المجتهد ٩٤/٤. وابن رشد هو: هو أبو الوليد، محمد بن أبي القاسم أحمد ابن شيخ المالكيّة أبي الوليد محمد بن أحمد بن أحمد بن رشد القرطبيّ، مولده قبل موت جده بشهر سنة عشرين وخمس مئة. عرض (الموطأ) على أبيه، وبرع في الفقه، وأخذ الطب عن أبي مروان بن حزبول، ثم أقبل على علوم الاوائل، حتى صار يضرب به المثل في ذلك. وله من التصانيف: (بداية المجتهد) في الفقه، و(الكليات) في الطب، وولي قضاء قرطبة، فحمدت سيرته، توفي سنة ٥٩٥هـ. انظر: السير للذهبيّ ٢١ /٣٠٧-٣٠٨، وشذرات الذهب لابن العماد ٥٢٢/٦.

(٣) سورة النساء: الآية ٥٨.

(٤) انظر: أحكام القرآن للجصاص ١٧٢/٣، وأحكام القرآن لابن العربيّ ٥٧١/١، وتفسير القرطبيّ ٢٥٦/٥.

(٥) سورة التوبة: الآية ٩١.

(٦) انظر: تفسير السعديّ ص١٨٣.

(٧) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٨/١٦.

(٨) السيل الجرار للشوكانيّ ٦٥٢/١، وهو يشير بقوله: "بما لا يثبت" إلى حديث عمرو بن شعيب عن أبيه عن جده أن النبيّ ﷺ قال: «لا ضمان على مؤتمن»، وما جاء عنه أيضًا: «ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان»، قال الشوكانيّ: "فإن في أسانيدهما من لا تقوم به الحجة"، وقد رواهما

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء حال تلف الوديعة من بين مال المودَع:

جاء عن أنس بن مالك، أن عمر بن الخطاب ﷺ "ضمنه وديعة سرقت من بيت ماله"(١)؛ فدل ذلك أن الوديعة إذا تلفت من بين مال المودَع فإنه يضمنها، فيكون هذا استثناء من الإجماع السابق وهو رواية عن الإمام أحمد (٢)، **ودليلهم** على ذلك وجود التهمة في المودَع وهي مظنة تفريطه؛ إذ حفظ ماله من دون الوديعة؛ ولذلك قال عمر: "كيف ذهبت من بين مالك" (٣).

يجاب عنه من وجهين:

أولًا-أن وجود التهمة غير مسوغ لاستحلال أموال الناس؛ لأن التهمة من الظن، وقد أنكر الله ﷻ اتباع الظن فقال: ﴿إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾ (٤) وقد قال النبيّ ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام» (٥) فمال المودَع حرام على غيره ما لم يُوجب أخذه منه نص (٦).

ثانيًا-أن تضمين عمر لأنس ﷺ إنما كان بسبب تفريط أنس، قال الماوردي: "فقد قيل: إنه دفعها إلى خادمه، وإلا فقد حرم الله تعالى صحابة نبيّه ﷺ عن أن تتوجه إليهم تهمة" (٧)، ويؤيد ذلك ما

=الدارقطنيّ في البيوع ٤٥٥/٣ برقم (٢٩٦١) ثم أشار إلى ضعف الرواة في حديث: «ليس على المستعير...»، وقال: "إنما يُروى من شريح القاضي غير مرفوع"، كما أخرج ابن ماجه في سننه من طريق عبيد الله بن الجهم الأنماطي قال: حدثنا أيوب ابن سويد، عن المثنى، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده، قال: قال رسول الله ﷺ: «من أودع وديعة فلا ضمان عليه» في كتاب الصدقات، باب الوديعة ٨٠٢/٢ برقم (٢٤٠١) قال السندي في حاشيته على سنن ابن ماجه: "هذا إسناده ضعيف لضعف المثنى بن الصباح والراوي عنه" ٧٣/٢.

(١) أخرجه البيهقيّ في الكبرى، كتاب الوديعة، باب لا ضمان على مؤتمن ٤٧٣/٦ برقم (١٢٧٠٢).

(٢) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٨/١٦.

(٣) رواه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب البيوع، باب الوديعة ١٨١/٨ برقم (١٤٧٩٩).

(٤) سورة النجم: الآية ٢٨.

(٥) أخرجه البخاريّ في كتاب الحج، باب الخطبة أيام منى ١٧٦/٢ برقم (١٧٣٩) وأخرجه مسلم في كتاب الحج، باب حجة النبيّ ﷺ ٨٨٦/٢ برقم (١٢١٨).

(٦) المحلى لابن حزم ١٣٧/٧.

(٧) الحاوي ٣٥٦/٨. والماورديّ هو: علي بن محمد حبيب، أبو الحسن الماورديّ: من العلماء الباحثين، أصحاب التصانيف الكثيرة النافعة، ولد في البصرة سنة ٣٦٤هـ، وولي القضاء في بلدان كثيرة، ثم جُعل "أقضى القضاة" في

قاله البيهقيّ بعد روايته أثر عمر: "يحتمل أنه كان فرط فيها، فضمنها إياه بالتفريط" [1]؛ وعلى ذلك فإن رأي عمر في ضمان الوديعة أنها أمانة لا تضمن إلا بالتعدي أو التفريط بدلالة عدم تضمينه فيما لم يرد فيه التعدي أو التفريط [2].

الراجح:

يترجح –والله أعلم–أنه لا حاجة لهذا الاستثناء؛ لأنه مبنيّ على الظن بتفريط المودَع، وجميع الفقهاء متفق أنه في حالة التفريط أو التعدي فإن المودَع ضامن، أما حال الظن فلا يجوز استحلال أموال الناس المعصومة شرعًا به إلا بدليل.

سبب الاستثناء:

يظهر من المسألة أن سبب الاستثناء هو الاستصحاب؛ لأن القائلين بالاستثناء استصحبوا حكم التضمين في حال التعدي أو التفريط فيما يُظن فيه حصولهما.

=أيام القائم بأمر الله العباسي، وكان يميل إلى مذهب الاعتزال، نسبته إلى بيع ماء الورد، ووفاته ببغداد سنة ٤٥٠هـ. انظر: طبقات الشافعيّة لابن الصلاح ٢/٦٣٦-٦٤٢، وطبقات الشافعيّة الكبرى للسبكيّ ٥/٢٦٧-٢٦٩.

(١) السنن الكبرى ٦/٤٧٣. وقد سبقت ترجمة البيهقيّ.

(٢) روى ابن أبي شيبة في مصنفه "أن رجلًا استودع رجلًا وديعة فهلكت، فلم يضمنه عمر" كتاب البيوع والأقضية، في المضاربة والعارية والوديعة ٤/٣٩٩ برقم (٢١٤٦٨).

المطلب الثاني

استثناء حال ما إذا نهى مالكُ البهيمة المودَعَ عن علفها من وجوب الضمان إذا ماتت البهيمة لعدم علفها

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم ضمان البهيمة المودعة إذا ماتت لعدم علفها من قبل المودَع:

صورة المسألة: أذا أودع المودِع بهيمة عند المودَع ولم يترك نفقتها ولا علفها ولم يتمكن المودَع من الرجوع إلى صاحبها ولا وكيله لطلب الإنفاق، فهل تجب النفقة والضمان على المودَع؟ خلاف على قولين:

القول الأول–وهو قول عند الحنفيّة والمذهب عند المالكيّة والشافعيّة والحنابلة أنه يلزم المودَع الإنفاق، ولو ترك الإنفاق وهلكت البهيمة فعليه الضمان (١).

القول الثاني–ذهب الحنفيّة وهو احتمال عند الحنابلة إلى أنه لا يلزم المودَع الإنفاق وليس عليه ضمان إذا هلكت البهيمة (٢).

دليل القول الأول: أن قبول الوديعة يعني حفظها واستدامتها، ولا يتم ذلك إلا بالإنفاق عليها وعلفها وهو مقتضى العرف، فإذا ترك علفها فقد عرضها للهلاك فيضمن، أشبه ما لو لم يحرزها (٣).

دليل القول الثاني: أن العقد على الحفظ، وليس على الإنفاق والعلف، والنفقة على مالكها، فإذا لم ينفق عليها كان هو المفرط في ماله (٤).

---

(١) انظر: حاشية ابن عابدين ٦٧٥/٥، والذخيرة للقرافيّ ١٥١/٩، والحاوي للماورديّ ٣٦٤/٨، والمهذب للشيرازيّ ١٨٥/٢، ومغني المحتاج للشربينيّ ١٣٤/٤، والمغني لابن قدامة ٤٤٩/٦، وكشاف القناع للبهوتيّ ١٧٠/٤.

(٢) انظر: درر الحكام لعلي أفندي ٢٨٨/٢، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٧/١٦.

(٣) انظر: مغني المحتاج للشربينيّ ١٣٤/٤، وكشاف القناع للبهوتيّ ١٧٠/٤.

(٤) انظر: درر الحكام لعلي أفندي ٢٨٨/٢، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٧/١٦.

يجاب عنه: أن صون البهائم عن تعذيبها بالجوع وغيره حق لله تعالى؛ لأن تعذيب الحيوان منهيّ عنه، كما أن قبول الوديعة يتضمن القيام بحفظها واستدامتها، وليس من استدامتها أن تعطل حتى تهلك، وهذا يعتضد بالعرف أيضًا، فإن الدواب لا تقبل لتقتل وتترك حتى تموت وتهلك ضياعًا وجوعًا [1].

الراجح:

يترجح –والله أعلم–القول الأول؛ لأن فيه صونًا للمال من التلف، وقد نهى الشارع عن إضاعة المال، كما أن فيه إقامة لحق الله في البهائم بحفظها ورعايتها وعدم تعذيبها.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء حال ما إذا نهى مالكُ البهيمة عن علفها:

يرد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة، فقد استثنى الشافعيّة والحنابلة إذا كان هلاك البهيمة بسبب نهي مالكها عن علفها فإنه لا ضمان على المودَع حينئذٍ مع بقاء الإثم[2]، ودليلهم على ذلك:

١–لأن المودَع ممتثل أمر مالكها فهو كما لو أمره بقتلها، فلا يستحق عليه الضمان، وذلك أن المسألة يتعلق بها حقان:

الأول–حق لله تعالى ومقتضاه الإثم، وهو تحريم تعذيب الحيوان وإتلاف المال وإضاعته.

الثاني–حق الضمان وهو حق للآدميّ، وقد رضي بإسقاطه، فلا يلزم من التحريم وجوب الضمان[3].

---

(١) انظر: الذخيرة للقرافيّ ١٥١/٩، ونهاية المطلب للجوينيّ ٤١٢/١١.

(٢) انظر: الحاوي للماورديّ ٣٦٤/٨، والمهذب للشيرازيّ ١٨٥/٢، ومغني المحتاج للشربينيّ ١٣٤/٤، والمغني لابن قدامة ٤٥٠/٦.

(٣) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٩/١٦.

الراجح:

يترجح –والله أعلم–صحة الاستثناء؛ لأنه وسط بين الأقوال السابقة، فراعى حرمة البهيمة وجعل الإثم على من يترك علفها، كما أنه أسقط الضمان عن المودَع؛ لأنه ممتثل لقول صاحبها فجعلوا التبعة عليه.

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أن القائلين بالاستثناء راعوا مصلحة المودَع في عدم تضمينه؛ لأن تلف البهيمة لم يكن بسببه، بل بسبب المالك الذي نهى عن علفها، وفي إيجاب الضمان عليه إضرار به بلا مسوغ شرعيّ.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "الساقط لا يعود"، وبيان ذلك: أن المالك قد أسقط حقه في الضمان لما أمر المودَع بما يوجب التلف وهو منع العلف، وبسقوط حقه في الضمان لا يعود إليه إلا بسبب جديد [١].

---

(١) انظر: كشاف القناع للبهوتيّ ٤/١٩٤، وشرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ص٢٦٥.

المبحث الثالث

المستثنيات في باب الوقف

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول–استثناء الوقف المعلق بالموت من عدم صحة تعليق الوقف على شرط.

المطلب الثاني–استثناء المسجد وما حكم بلزومه الحاكم وما أُوصِيَ به بعد الموت من جواز رجوع الواقف في الوقف.

المطلب الثالث–استثناء حال تعطل المنافع من عدم جواز بيع الوقف.

المطلب الرابع–استثناء حال عدم إمكان حصر الموقوف عليهم من وجوب التعميم والتساوي بين الموقوف عليهم.

المطلب الأول

استثناء الوقف [1] المعلق بالموت من عدم صحة تعليق الوقف على شرط

وفيه فرعان:

الفرع الأول-حكم تعليق الوقف على شرط:

صورة المسألة: أن يقول الواقف: إذا جاء غد أو جاء رأس الشهر فإن داري أو أرضي صدقة موقوفة، فهل يصح تعليق الوقف على شرط أم لا؟ خلاف على قولين:

القول الأول-ذهب المالكيّة والحنابلة في أحد الوجهين إلى صحة تعليق الوقف على شرط [2]، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم [3].

---

(١) الوقف في اللغة: قال ابن فارس: الواو والقاف والفاء: أصل واحد يدل على تمكث في شيء، والوَقْفُ مصدر وقف، يقال: وقف الشيء وأوقفه، وحَبَسَه وأَحْبَسَه وَحْبَّسَهُ، وسبَّله، كله بمعنى واحد، وهو مما اختص به المسلمون. انظر: تهذيب اللغة للأزهريّ ٢٥١/٩ مادة (وقف)، ومقاييس اللغة لابن فارس ١٣٥/٦ مادة (وقف)، والمطلع للبعلي ٣٤٤/١. وفي اصطلاح الفقهاء عرفه أبو حنفيّة: بأنه حبس العين على ملك الواقف والتصدق بالمنفعة. فتح القدير لابن الهمام ٢٠٠/٦، وعرفه صاحبا أبي حنيفة بأنه: حبس العين على ملك الله تعالى وصرف منفعتها على من أحب. حاشية ابن عابدين ٣٣٧/٤، وعرفه المالكيّة بأنه: إعطاء منفعة شيء مدة وجوده، لازمًا بقاؤه في ملك معطيه، ولو تقديرًا. شرح حدود ابن عرفة للرصاع ص٤١١، وعرفه الشافعيّة بأنه: حبس مال يمكن الانتفاع به مع بقاء عينه، بقطع التصرف في رقبته، على مصرف مباح موجود. مغني المحتاج للشربينيّ ٥٢٢/٣، وعرفه الحنابلة بأنه: تحبيس الأصل، وتسبيل الثمرة -أي المنفعة-. المغني لابن قدامة ٣/٦. وتعريف الحنابلة أجمعها وأيسرها وهو نص حديث النبيّ ﷺ في قوله لعمر: «حبِّس الأصل وسبِّل المنفعة» وهو مقتصر على ماهية الوقف من دون التعرض للشروط والقيود الخارجة عن الماهية، واختلاف التعريفات سببه ثلاثة أمور: أولًا-الاختلاف في لزوم الوقف وعدمه. ثانيًا-الاختلاف في بقاء العين الموقوفة في ملك الواقف وخروجها عنه. ثالثًا-الاختلاف في تأقيت الوقف وعدم جوازه.

(٢) انظر: شرح الخرشيّ ٧٨/٧، وحاشية الدسوقيّ ٨٧/٤، والمغني لابن قدامة ٢٥/٦.

(٣) انظر: مجموع الفتاوى ٢٥/٣١-٤٨، وإغاثة اللهفان من مصايد الشيطان ١٧/٢. وقد سبقت ترجمتهما.

القول الثاني–ذهب الحنفيّة والشافعيّة وهو المذهب عند الحنابلة إلى عدم صحة تعليق الوقف على شرط [١].

أدلة القول الأول:

١–عموم قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [٢]، فالعقود في الآية مطلقة، تشمل المعلق منها والمُنَجَّز.

٢–ولأن الأصل في الشروط الصحة والجواز، ولا يبطل منها شيء إلا بدليل، ولا دليل على بطلان تعليق الوقف بالشرط [٣].

٣–ولأنه لا خلاف أنه يصح تعليقه بالشرط بالنسبة إلى البطون، بطنًا بعد بطن، وأن كونه وقفًا على البطن الثاني مشروط بانقضاء البطن الأول، فإذا صح التعليق في هذه الصورة صح فيما عداه من التعليق لعدم الفرق [٤].

٤–قياس الوقف على العتق، فكما أنه يجوز تعليق العتق، فكذلك الوقف، والجامع: أن كلًّا منهما معروف وبر من دون عوض [٥].

أدلة القول الثاني:

١–القياس على البيع، فكما أنه لا يصح تعليق البيع على شرط، فكذلك الوقف بجامع الجهالة في كلٍّ [٦].

---

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٠٨/٦، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٠٢/٥، وحاشية ابن عابدين ٣٤١/٤، والمهذب للشيرازيّ ٣٢٤/٢، وروضة الطالبين للنوويّ ٣٢٧/٥، ومغني المحتاج للشربينيّ ٥٣٧/٣، والمغني لابن قدامة ٢٥/٦، وكشاف القناع للبهوتيّ ٢٥٠/٤. وينبغي لنا الإشارة إلى أن الحنفيّة يمنعون من تعليق الوقف لكنهم يجيزون الوقف المضاف إلى زمن في المستقبل، فيجوز الوقف في قولك: "أرضي هذه وقف غدًا"؛ لأنه ليس تعليقًا بل إضافة الوقف إلى زمن في المستقبل، وأما قول: "إذا جاء غدًا فأرضي وقف" فلا يصح؛ لأنه تعليق، والوقف لا يقبل التعليق عندهم. انظر المراجع السابقة في المذهب الحنفيّ.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) انظر: القواعد النورانية لابن تيمية ص٢٦١.

(٤) انظر: إغاثة اللهفان لابن القيم ١٧/٢.

(٥) انظر: شرح الخرشيّ ٧٨/٧، وحاشية الدسوقيّ ٨٧/٤، وإغاثة اللهفان لابن القيم ١٧/٢.

(٦) انظر: المهذب للشيرازيّ ٣٢٤/٢، ومجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٥/٣١.

يجاب عنه من وجهين:

أولًا–لا نسلم أن البيع لا يصح تعليقه على شرط [1].

ثانيًا–وإن سلمنا، فإنه قياس مع الفارق؛ لأن الوقف عقد تبرع، والبيع عقد معاوضة، والجهالة في عقود التبرعات مغتفرة.

٢–القياس على الهبة، فكما أنه لا يصح تعليق الهبة على شرط، فكذلك الوقف، والجامع أن كلًّا منهما: نقلٌ للملك فيما لم يُبْنَ على التغليب والسراية [2].

يجاب عنه من وجهين:

أولًا–لا نسلم أن الهبة لا يصح تعليقها على شرط، فقد صح عن النبيّ ﷺ أنه قال لجابر: «لو قد جاء مال البحرين قد أعطيتك هكذا وهكذا وهكذا» [3].

ثانيًا–وإن سلمنا، فإنه قياس مع الفارق؛ لأن الهبة تمليك أصل ومنفعة، بخلاف الوقف فهو تمليك منفعة فقط، كما أن الهبة تمليك لمعين بخلاف الوقف فهو إما إخراج الملك لله وإما أنها باقية في ملك الواقف على خلاف بين الفقهاء.

الراجح:

يترجح –والله أعلم–القول الأول؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة المخالفين بما لا يدع فيها مستمسكًا، ولأن الحاجة والضرورة تدعو إليه؛ لأن من الناس من لا يتيسر لهم الوقف إلا بشرط، كأن لم يتأكد من ملكيته للشيء المراد وقفه، فيخشى إن لم يقف الآن أن يَعْدِل عن الوقف في المستقبل لسبب من الأسباب، فالقول بصحة تعليق الوقف على شرط فيه تيسير لأبواب الخير وإعانة للراغب فيه مع عدم وجود ما يمنع شرعًا.

---

(١) انظر: القواعد النورانية لابن تيمية ص٢٦١.

(٢) انظر: البحر الرائق لابن نجيم ٢٠٢/٥، وحاشية ابن عابدين ٣٤١/٤، والمغني لابن قدامة ٢٥/٦، وكشاف القناع للبهوتيّ ٢٥٠/٤.

(٣) أخرجه البخاريّ في كتاب الحوالات، باب من تكفل عن ميت دينًا فليس له أن يرجع ٩٦/٣ برقم (٢٢٩٧)، وأخرجه مسلم في كتاب الفضائل، باب ما سُئل رسول الله ﷺ شيئًا فقال لا، وكثرة عطائه ١٨٠٦/٤ برقم (٢٣١٤).

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء الوقف المعلق بالموت:

يرد الاستثناء على القول الثاني في المسألة السابقة؛ إذ استثنوا صورة واحدة من قولهم السابق فأجازوا تعليق الوقف بالموت من عدم جواز الوقف المعلق على شرط (١)، كقولك: إن مِتُّ فأرضي أو داري وقف على الفقراء، ودليلهم على ذلك:

١-أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أوصى، فكان في وصيته: "بسم الله الرحمن الرحيم هذا ما أوصى به عبد الله عمر أمير المؤمنين إن حدث به حدث أن ثَمْغًا وصِرْمة بن الأكوع (٢) والعبد الذي فيه، والمئة سهم التي بخيبر ورقيقه الذي فيه، والمئة التي أطعمه محمد ﷺ بالوادي تليه حفصة ما عاشت، ثم يليه ذو الرأي من أهلها أن لا يباع ولا يشترى، ينفقه حيث رأى من السائل والمحروم وذوي القربى، ولا حرج على من وليه إن أكل أو آكَلَ أو اشترى رقيقا منه" (٣) فقوله: "حدث به حدث" نص صريح على جواز تعليق الوقف بالموت (٤).

نوقش: أن وقف عمر كان منجزًا لا معلقًا؛ لأن الوقف حدث في حياة النبيّ ﷺ، وكان عمر رضي الله عنه هو الذي يلي الوقف في حياته، فأوصى أن تليه بعد وفاته ابنته حفصة أم المؤمنين رضي الله عنها وحينئذٍ فالحديث لا يصلح دليلًا على ما ذكرتم (٥).

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٢٧/١٢، وحاشية ابن عابدين ٣٤١/٤، ومغني المحتاج للشربينيّ ٥٣٨/٣، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٩٨/١٦، وكشاف القناع للبهوتيّ ٢٥٠/٤.

(٢) هما مالان معروفان بالمدينة كانا لعمر بن الخطاب رضي الله عنه فوقفهما. النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ٢٢٢/١.

(٣) أخرجه أبو داود في كتاب الوصايا، باب ما جاء في الرجل يوقف الوقف ١١٧/٣ برقم (٢٨٧٩) وصححه الألبانيّ في تعليقه على السنن.

(٤) انظر: عون المعبود للعظيم آبادي ٦٠/٨.

(٥) انظر: فتح الباري لابن حجر ٤٠٤/٥.

يجاب عنه: أن احتمال التعليق من قبل عمر ممكن؛ لقوله: "لولا أني ذكرت صدقتي لرسول الله ﷺ لرددتها" (١) فهذا يشعر أن وقفه في زمن النبيّ لم يكن منجزًا، وإنما هو استشارة في كيفيته (٢).

٢-القياس على تعليق العتق بالموت، وكون تعليق العتق بالموت اختص باسم خاص، وهو التدبير فلا يغير في حقيقة الأمر شيئًا؛ لأن المقصود من المعاملات مقاصدها ومعانيها بأي لفظ كان، وليس المقصود من المعاملات ألفاظها؛ إذ لم يشرع الله لنا ولا رسوله التعبد بألفاظ معينة لا نتعداها.

٣-ولأن الوقف بعد الموت بمنزلة الوصية، والوصية لا تقع إلا معلقة بمقتضى العقد.

٤-قياس الوقف على الهبة والصدقة المطلقة، فكما يصح تعليق الواهب لهبته بعد الموت ومثله المتصدق، فكذلك الوقف، والجامع: أن كلًّا منهما تبرع معلق بالموت (٣).

الراجح:

سبق أن رجحت في المسألة السابقة صحة تعليق الوقف على شرط، سواء أكان التعليق بالموت أم غيره، فيكون الاستثناء داخلًا ضمنًا على القول الراجح، ولا حاجة لحصره بالموت من دون غيره.

سبب الاستثناء:

القياس، وهو ظاهر في قياسهم الوقف المعلق بالموت على العتق والهبة والصدقة إذا عُلِّقت بالموت؛ لأنها كلها تبرع معلق بالموت.

---

(١) أخرجه الطحاويّ في شرح معاني الآثار، كتاب الهبة والصدقة، باب الصدقات الموقوفات ٩٦/٤ برقم (٥٨٧٦)، وأخرجه البيهقيّ في معرفة السنن والآثار، كتاب الصلح، باب الوقف ٣٩/٩ برقم (١٢٢٨٣) وقال البيهقيّ: "فهو منقطع، لا تثبت به حجة، ومشكوك في متنه".

(٢) فتح الباري لابن حجر ٤٠٢/٥.

(٣) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٤٠٠/١٦.

المطلب الثاني

استثناء المسجد وما حكم بلزومه الحاكم وما أُوصِيَ به بعد الموت من جواز الرجوع في الوقف

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم الرجوع في الوقف:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول–ذهب صاحبا أبي حنيفة وهو المفتى به عند الحنفيّة وهو مذهب المالكيّة والشافعيّة والحنابلة إلى أن الوقف عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه، على خلاف بينهم في وقت لزومه هل هو بالقبض أو من حين التلفظ بالوقف (١).

القول الثاني–ذهب أبو حنيفة إلى أن الوقف عقد غير لازم ويجوز للواقف الرجوع فيه (٢).

أدلة القول الأول:

١–أن عمر بن الخطاب ﵁ أصاب أرضًا بخيبر، فأتى النبيّ ﷺ يستأمره فيها، فقال: يا رسول الله، إني أصبت أرضًا بخيبر لم أصب مالًا قط أنفس عندي منه، فما تأمر به؟ قال: «إن شئت حَبَّسْتَ أصلها، وتصدقت بها» فتصدق بها عمر، أنه لا يباع ولا يوهب ولا يورث، وتصدق بها في الفقراء، وفي القربى وفي الرقاب، وفي سبيل الله، وابن السبيل، والضيف، لا جناح على من وليها

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٢٧/١٢ وما بعدها، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٣٢٥/٣، وفتح القدير لابن الهمام ٢٠٤/٦، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٠٦/٥، وحاشية ابن عابدين ٣٣٨/٤، والذخيرة للقرافيّ ٣٢٢/٦، وشرح الخرشيّ ٧٩/٧، وحاشية الدسوقيّ ٧٥/٤، والحاوي للماورديّ ٥١١/٧، والمهذب للشيرازيّ ٣٢٦/٢، وروضة الطالبين للنوويّ ٣٤٢/٥، ومغني المحتاج للشربينيّ ٥٢٣/٣، وإعانة الطالبين للبكري ١٨٨/٣، والمغني لابن قدامة ٥/٦، وكشاف القناع للبهوتيّ ٢٥٥/٤. وقد سبقت ترجمة صاحِبَيْ أبي حنيفة.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٢٧/١٢ وما بعدها، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٠٦/٥، وانظر: مراجع الحنفيّة السابقة.

أن يأكل منها بالمعروف، ويطعم غير متمول [1]، وفي رواية قال الرسول لعمر: «تصدق بأصله، لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث، ولكن ينفق ثمره» [2]، وجه الاستدلال: أن قوله: «حبَّست» لا يفهم منه إلا التأبيد، وهذا ما دلت عليه الرواية الثانية فقد نص النبيّ ﷺ على لزومه فقال: «لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث»، فهذه التقييدات من النبيّ ﷺ تقتضي أنه لا يجوز التصرف بالعين بما يزيل وقفيتها [3].

٢-ما جاء عن النبيّ ﷺ أنه قال: «إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»[4]، وجه الاستدلال: أن قوله: «صدقة جارية» يشعر بأن الوقف يلزم ولا يجوز نقضه، ولو جاز النقض لكان الوقف صدقة منقطعة، وقد وصفه في الحديث بعدم الانقطاع [5].

٣-أنه قد وقف جمع من الصحابة كأبي بكر وعمر وعثمان وعليّ وعائشة وجابر وغيرهم، فلم ينقل عن أحد منهم أنه رجع عن وقفه أو تصرف فيه، ولو كان ذلك جائزًا لنقل عن أحد منهم الرجوع، فكان ذلك إجماعًا فعليًا على عدم جواز الرجوع في الوقف [6].

أدلة القول الثاني:

١-ما جاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال: "لولا أني ذكرت صدقتي لرسول الله لرددتها" [7]، وجه الاستدلال: أنه يدل أن الوقف لا يمتنع الرجوع فيه، وأن الذي منع عمر من الرجوع كونه ذكره للنبيّ ﷺ فكَرِه أن يُفارِقَه على أمرٍ ثم يخالفه إلى غيره [8].

---

(١) أخرجه البخاريّ في كتاب الشروط، باب الشروط في الوقف ١٩٨/٣ برقم (٢٧٣٧)، وأخرجه مسلم في كتاب الهبات، باب الوقف ١٢٥٥/٣ برقم (١٦٣٢٣).

(٢) أخرجها البخاريّ، كتاب الوصايا، باب: وما للوصي أن يعمل في مال اليتيم ١٠/٤ برقم (٢٧٦٤).

(٣) انظر: فتح الباري لابن حجر ٤٠٣/٥، ونيل الأوطار للشوكانيّ ٢٩/٦.

(٤) سبق تخريجه.

(٥) نيل الأوطار للشوكانيّ ٢٩/٦-٣٠.

(٦) انظر: الحاوي للماورديّ ٥١٣/٧، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٥٢٠/١٦.

(٧) سبق تخريجه.

(٨) انظر: نيل الأوطار للشوكانيّ ٣٠/٦.

الجواب عنه من وجهين:

أولًا–أن هذا الخبر عن عمر منقطع، قال البيهقيّ: "فهو منقطع، لا تثبت به حجة، ومشكوك في متنه" [١].

ثانيًا–على فرض التسليم بصحة الرواية، فإنه لا حجة فيها؛ لأن فعل الصحابيّ ليس بحجة إذا خالفه صحابيّ آخر [٢]، فكيف إذا كان مخالفًا لصريح قول النبيّ ﷺ في وقف عمر لأرضه وهو قوله: «لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث» [٣].

٢–ما رُوِيَ أن عبد الله بن زيد –صاحب الأذان–[٤] جاء إلى رسول الله ﷺ فقال: يا رسول الله إن حائطي هذا صدقة، وهو إلى الله تعالى ورسوله فجاء أبواه ، فقالا: يا رسول الله كان قوام عيشنا «فرده رسول الله ﷺ عليهما» ثم ماتا فورثهما ابنهما بعدهما [٥]، وجه الاستدلال: أن الرسول ﷺ رد الصدقة، ولو كان الوقف لازمًا لما رده.

---

(١) انظر: معرفة السنن والآثار ٣٩/٩. وقد سبقت ترجمة البيهقيّ. وانظر أيضًا: فتح الباري لابن حجر ٤٠٢/٥، ونيل الأوطار للشوكانيّ ٣٠/٦.

(٢) كما سيأتي في إنكار الصحابة على حسان لما باع حصته من وقف أبي طلحة.

(٣) انظر: نيل الأوطار للشوكانيّ ٣٠/٦.

(٤) هو عبد الله بن زيد بن عبد ربه بن زيد بن الحارث الأنصاريّ الخزرجيّ، يكنى أبا محمد، شهد العقبة، وشهد بدرًا وسائر المشاهد مع رسول ﷺ، وهو الذي أُرِيَ الأذان في النوم فأمر به رسول الله ﷺ بلالًا على ما رآه عبد الله بن زيد هذا، توفي بالمدينة سنة ٣٢هـ. انظر: الاستيعاب لابن عبد البر ٩١٢/٣–٩١٣، والإصابة لابن حجر ٨٤/٤.

(٥) رواه الدارقطنيّ في سننه، كتاب الأحباس، باب وقف المساجد والسقايات٣٥٨/٥ برقم (٤٤٥٢) من طريق أبي بكر ابن حزم عن عبد الله بن زيد، كما رواه الدارقطنيّ من طريق بشير بن محمد بن عبد الله بن زيد عن جده عبد الله بن زيد في الباب نفسه ٣٥٧/٥ برقم (٤٤٤٩)، ورواه الحاكم في المستدرك، كتاب معرفة الصحابة، باب ذكر مناقب عبد الله بن زيد بن عبد ربه الأنصاريّ صاحب الأذان ٣٧٩/٣ برقم (٥٤٤٨) من طريق أبي بكر بن حزم عن عبد الله بن زيد، ورواه أيضًا من طريق بشير بن محمد بن عبد الله بن زيد عن جده عبد الله بن زيد في كتاب الفرائض، باب وأما حديث ابن عيينة ٣٨٧/٤ برقم (٨٠٢١)، ورواه البيهقيّ في الكبرى، كتاب الوقف، باب من قال: لا حبس عن فرائض الله عز وجل ٢٩٦/٦ برقم (١١٩١٣) من طريق أبي بكر بن حزم عن عبد الله بن زيد، وهو مرسل بجميع طرقه كما قرر البيهقيّ موافقًا في ذلك الدارقطنيّ والحاكم، وقال الترمذيّ: سمعت البخاريّ يقول: لا يُعرف لعبد الله بن زيد بن عبد ربه إلا حديث الأذان. وقال –أي الترمذيّ–: لا نعرف له شيئًا يصح عن النبيّ

يجاب عنه من وجوه عِدَّة:

أولًا–أن الحديث فيه انقطاع كما قرره الحفاظ، فلا حجة فيه.

ثانيًا–على فرض صحته فليس فيه ذكر الوقف، والظاهر أنه جعله صدقةً غير موقوف، وجعل مصرفها إلى اختيار رسول الله ﷺ فتصدق بها على والديه؛ وبناء عليه فلا يكون ذلك ردًا من النبيّ ﷺ لصدقته [١].

ثالثًا–على فرض أن المراد به الوقف فإنه يحتمل أن الحائط الذي تصرف به عبد الله بن زيد لم يكن له، وإنما كان لأبويه، بدليل أنه جاء في الخبر "ماتا فورثهما"؛ فكان تصرفه فيه بحكم النيابة عنهما؛ لأن الإنسان لا يرث ماله، فتصرف بهذا التصرف بغير إذنهما، فلم يُنْفِذَاه، وأتيا النبيّ ﷺ فرده عليهما [٢].

٣–ما ثبت أن حسان بن ثابت رضي الله عنه باع حصته من وقف أبي طلحة إلى معاوية ابن أبي سفيان[٣].

الجواب عنه من وجهين:

أولًا–أن أبا طلحة ملَّكهم الحديقة، ولم يوقفها عليهم، إذ لو وقفها ما ساغ لحسان أن يبيعها [٤].

ثانيًا–على فرض التسليم بأنه وقف، فهو فعل صحابيّ وهو حجة ما لم يُخالف من الصحابة، وقد أنكر عليه الصحابة هذا البيع فقالوا له: "أتبيع صدقة أبي طلحة؟ فقال: ألا أبيع صاعًا من تمر، بصاع من دراهم"، بالإضافة إلى أنه خالف نصًا صريحًا عن النبيّ ﷺ في وقف عمر رضي الله عنه لأرضه.

=ﷺ إلا هذا الحديث الواحد في الأذان. انظر: نصب الراية للزيلعيّ ٢٦٠/١ ونقل عن الذهبيّ القول بإرساله –ولم أقف عليه–، وانظر: البدر المنير لابن الملقن ٣٤٢/٣.

(١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٥٢١/١٦.

(٢) انظر: الحاوي للماورديّ ٥١٣/٧، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٥٢١/١٦.

(٣) أخرجه البخاريّ في كتاب الوصايا، باب من تصدق إلى وكيله ثم رد الوكيل إليه ٨/٤ برقم (٢٧٥٨).

(٤) فتح الباري لابن حجر ٣٨٨/٥.

الراجح:

يترجح –والله أعلم–القول الأول؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة المخالفين، ويُعتذر لأبي حنيفة بما اعتذر له تلميذه أبو يوسف؛ إذْ كان يجيز بيع الوقف، فبلغه حديث وقف عمر لأرضه فرجع عن قوله وقال: "هذا لا يسع أحدًا خلافه، ولو بلغ أبا حنيفة لقال به" (١) رحمهم الله جميعًا.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء المسجد وما حكم بلزومه الحاكم وما أُوصِيَ به بعد الموت:

يَرِدُ الاستثناء على القول الثاني في المسألة السابقة، فذهب أبو حنيفة إلى استثناء ثلاث مسائل من قوله السابق يكون فيها الوقف لازمًا لا يجوز الرجوع فيه، وهي على التفصيل الآتي:

أولًا–وقف المسجد:

إذا أوقف الواقف جزءًا من أرضه مسجدًا، وأذن للناس بالصلاة فيه، فإنه لا يجوز له الرجوع في الوقف؛ لقوله تعالى: ﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدا﴾ (٢) فأضاف الله ﷻ المساجد إلى نفسه إضافة اختصاص كالكعبة، فالواقف إذا أوقف أرضه مسجدًا جعله محررًا خالصًا لوجه الله ﷻ، فليس له حق الانتفاع به بغير العبادة فيه، وليس له الرجوع فيه (٣).

سبب الاستثناء:

النص، وهو قوله تعالى: ﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدا﴾ فاختصها الله لنفسه، فلا يجوز الرجوع حينئذ.

---

(١) المرجع السابق ٤٠٣/٥. وقد سبقت ترجمة أبي يوسف.

(٢) سورة الجن: الآية ١٨.

(٣) انظر: الاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصليّ ٤٤/٣، وفتح القدير لابن الهمام ٢٠٧/٦، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٦٨/٥، وحاشية ابن عابدين ٣٥٦/٤.

ثانيًا–ما حكم بلزومه الحاكم:

صورة المسألة: أن يُسلِّمَ الواقفُ ما أوقفه إلى متولٍ، ثم يريد الواقف الرجوع فيه محتجًا بعدم اللزوم، فيتخاصمان إلى القاضي فيقضي القاضي بلزومه، فلا يجوز الرجوع في الوقف بعدما حكم الحاكم بلزومه؛ لأن قضاء القاضي صادف محل اجتهاد، وحكم القاضي في المسائل الاجتهادية ملزم لا يجوز نقضه [1].

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أن مصالح الناس لا تستقيم إذا لم يكن حكم الحاكم ملزمًا، ولما انتهت الخصومات بذلك؛ لأنه متى ما حكم الحاكم فإن المحكوم عليه سيطلب الحكم بالقول الذي يختاره، وفي هذا مفسدة عظيمة وتعطيل لمصالح المسلمين؛ لأن الخلاف في الفروع كثير، والحاكم ملزم أن يحكم بالعدل الذي يراه بعد الاجتهاد والنظر فإن أصاب فله أجران وإن أخطأ فله أجر وخطأه معذور فيه لأنه مجتهد، وقد قال تعالى: ﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾ [2].

القاعدة الفقهيّة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "حكم الحاكم يرفع الخلاف"، فإذا اختصم اثنان عند القاضي وكان محل النزاع مختلف فيه بين العلماء، فإن حكم الحاكم هنا يرفع الخلاف ويلزم إنفاذه [3].

ثالثًا–ما أُوصِيَ به بعد الموت:

صورة المسألة: أن يقول الواقف: إذا مِتُّ فأرضي هذه موقوفة على الفقراء، فإذا توفي وهو ملتزم بالوصية خرج هذا الوقف في الثلث، فلا يجوز للواقف هنا الرجوع في وقفه هذا؛ لأنه لما علقه على

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٣/٣٢٦ وقد نقل النسفيّ الإجماع على ذلك في كنز الدقائق، وفتح القدير لابن الهمام ٦/٢٠٤، والبحر الرائق لابن نجيم ٥/٢٠٦، وحاشية ابن عابدين ٤/٣٣٨.

(٢) سورة البقرة: الآية ٢٨٦.

(٣) انظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر للحسينيّ ٣/١١٣، وحاشية ابن عابدين ٦/٢٧.

الموت لم يصح وقفًا؛ لأن التعليق يبطل الوقف، ولكنه أخذ حكم الوصية بالمنافع بعد الموت، والوصية تلزم بعد وفاة الموصِي في حدود الثلث [(١)].

الراجح:

سبق أن رجحت في الفرع الأول من هذا المطلب أن الوقف عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه ولا يقتصر ذلك على المسائل الثلاث التي أوردها الحنفيّة التي هي داخلة ضمنًا على القول الراجح، ولا حاجة إلى استثنائها من دون غيرها؛ لأن الحكم واحد في جميع الأوقاف.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٢٧/١٢، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٣٢٦/٣، والعناية للبابرتي ٢٠٣/٦، وفتح القدير لابن الهمام ٢٠٣/٦، وحاشية ابن عابدين ٣٣٨/٤.

المطلب الثالث

استثناء حال تعطل المنافع من عدم جواز بيع الوقف

وفيه فرعان:

الفرع الأول-حكم بيع الوقف:

تحرير محل النزاع:

لا خلاف بين العلماء أنه لا يجوز بيع الوقف إذا لم تكن هناك مصلحة للوقف وأهله أو كانت المصلحة مساوية، واختلفوا فيما إذا كانت هناك مصلحة راجحة للوقف وأهله على قولين:

القول الأول-ذهب بعض الحنفيّة وبعض الحنابلة إلى جواز بيع الوقف للمصلحة الراجحة (١)، وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية (٢).

القول الثاني-وهو الأصح عند الحنفيّة وقول المالكيّة والشافعيّة وهو المذهب عند الحنابلة أنه لا يجوز بيع الوقف ولو ظهرت المصلحة في ذلك (٣).

أدلة القول الأول:

١-ما جاء عن عائشة رضي الله عنها أن النبيّ ﷺ قال لها: «يا عائشة، لولا أن قومك حديث عهد بجاهلية لأمرت بالبيت، فهدم، فأدخلت فيه ما أخرج منه، وألزقته بالأرض، وجعلت له بابين: بابًا شرقيًا،

(١) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٢١/٦، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٢٣/٥، والفروع لابن مفلح ٣٨٤/٧، والإنصاف للمرداويّ ٥٢٣/١٦.

(٢) انظر: مجموع الفتاوى ٢٥٢/٣١، والفتاوى الكبرى ٣٥٩/٤. وقد سبقت ترجمة ابن تيمية.

(٣) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٢٨/٦، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٢٣/٥، وحاشية ابن عابدين ٣٨٤/٤، والفواكه الدواني للنفراويّ ١٦٤/٢، وحاشية الدسوقيّ ٩١/٤، وروضة الطالبين للنوويّ ٣٥٦/٥، ونهاية المحتاج للرمليّ ٣٩٥/٥، والمغني لابن قدامة ٢٨/٦، والفروع لابن مفلح ٣٨٤/٧.

وبابًا غربيًّا، فبلغت به أساس إبراهيم» [(١)]، قال ابن تيمية: "ومعلوم أن الكعبة أفضل وقف على وجه الأرض ولو كان تغييرها وإبدالها بما وصفه ﷺ واجبًا لم يتركه، فعُلِمَ أنه كان جائزًا وأنه كان أصلح لولا ما ذكره من حدثان عهد قريش بالإسلام، وهذا فيه تبديل بنائها ببناء آخر، فعُلِمَ أن هذا جائزٌ في الجملة" [(٢)].

٢–ما روي أن عمر كتب إلى عبد الله بن مسعود رضي الله عنهما لما بلغه أن بيت المال الذي بالكوفة نُقِب: "انقل المسجد، واجعل بيت المال مما يلي القبلة، فإنه لا يزال في المسجد من يصلي" [(٣)]، وجه الاستدلال: أن هذا المسجد وقف وظهرت المصلحة في نقله لحراسة بيت المال الذي جعل في قبلة المسجد الثاني، وحولوا المسجد الأول إلى سوق للتمَّارين، فإذا جاز تبديله بغير مقابل فجوازه بالبيع أولى [(٤)].

٣–ما جاء عن جابر بن عبد الله رضي الله عنه أن رجلًا قال يوم الفتح: يا رسول الله، إني نذرت إن فتح الله عليك مكة أن أصلي في بيت المقدس، فقال: «صل هاهنا»، فسأله، فقال: «صل هاهنا»، فسأله، فقال: «شأنك إذن»[(٥)]، وجه الاستدلال: أنه لما أجاز النبيّ ﷺ إبدال المنذور بما هو خير منه من

---

(١) أخرجه البخاريّ في كتاب الحج، باب فضل مكة وبنيانها ١٤٧/٢ برقم (١٥٨٦) واللفظ له، وأخرجه مسلم في كتاب الحج، باب نقض الكعبة وبنائها ٩٦٩/٢ برقم (١٣٣٣).

(٢) مجموع الفتاوى ٢٤٤/٣١.

(٣) رواه الطبرانيّ في المعجم الكبير ١٩٢/٩ برقم (٨٩٤٩) عن القاسم بن عبد الرحمن بن عبد الله بن مسعود عن جدِّه، قال الهيثميّ في مجمع الزوائد: "القاسم لم يسمع من جده" ١٩٩/١، وقال ابن قاضي الجبل: " القاسم من أعلم الناس بحال جدِّه، وأمره وشأنه، لا يطلق هذا الإطلاق إلا بعد تحققه وعلمه، وشهرة هذا الأمر، ومثل هذا المرسل يقول به جمهور أهل العلم" المناقلة بالأوقاف ص٣٦.

(٤) المناقلة بالأوقاف لابن قاضي الجبل ص٣٨.

(٥) أخرجه الإمام أحمد في مسنده ١٨٦/٢٣ برقم (١٤٩١٩)، والدارميّ في سننه، كتاب النذور والأيمان، باب من نذر أن يصلي في بيت المقدس أيجزؤه أن يصلي بمكة ١٥٠٩/٣ برقم (٢٣٨٤)، وأبو داود في سننه، كتاب الأيمان والنذور، باب من نذر أن يصلي في بيت المقدس ٢٣٦/٣ برقم (٣٣٠٥)، ورواه الحاكم في المستدرك، كتاب النذور ٣٣٨/٤ برقم (٧٨٣٩) وقال:" هذا حديث صحيح على شرط مسلم ولم يخرجاه". وصححه النوويّ في المجموع ٤٧٣/٨، وابن دقيق العيد في الاقتراح ١١٢/١.

جنسه، فكذلك يجوز إبدال الوقف بما هو خير منه، والجامع: أن كلًّا منهما أوجبه الشخص على نفسه (1).

٤-القياس على الفرس الحبيس -الموقوف على الجهاد-، فكما أنه يجوز بيعه إجماعًا إذا أصبح في حال لا يصلح معها للغزو، فكذلك يجوز بيع الوقف إذا كانت هناك مصلحة راجحة (2).

أدلة القول الثاني:

١-عموم قول النبيّ ﷺ لعمر في وقفه: «لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث» (3)، فمنع النبيّ ﷺ عمرَ من بيع الوقف.

يجاب عن استدلالهم من وجهين:

أولًا-أن منع البيع هنا هو الأصل، ولكن لا يمنع ذلك الخروج عنه لمقتضى آخر، كوجود مصلحة راجحة كما قد خرج الفرس الحبيس إجماعًا.

ثانيًا-أن النهي عن البيع في الحديث يمكن حمله على ما كان مبطلًا لأصل الوقف من دون ما كان له بدل.

٢-أن عمر رضي الله عنه أهدى نجيبًا فأُعطى بها ثلاث مئة دينار، فأتى النبيّ ﷺ، فقال: يا رسول الله، إني أهديت نجيبًا (4) فأُعطيت بها ثلاث مئة دينار، أفأبيعها وأشتري بثمنها بُدْنًا؟ قال: «لا انحرها إياها» (5)، وجه الاستدلال: أن عمرَ أهدى نجيبًا، فأُعطِيَ مبلغًا من المال يصلح أن يشتري به بُدْنًا

---

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٤٩/٣١.

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٢٨/٦،

(٣) سبق تخريجه.

(٤) النجيب: هو الفاضل من كل حيوان. النهاية في غريب الحديث والأثر ١٧/٥ مادة (نجب).

(٥) أخرجه أبو داود، كتاب المناسك، باب تبديل الهدي ١٤٦/٢ برقم (١٧٥٦)، وابن خزيمة في صحيحه، كتاب المناسك، باب استحباب المغالاة بثمن الهدي وكرائمه إن كان شهم بن الجارود ممن يجوز الاحتجاج بخبره وهذا من الجنس الذي قال المطلبيّ ٢٩٢/٤ برقم (٢٩١١)، وأخرجه البيهقيّ في الكبرى، كتاب الحج، باب لا يبدل ما أوجبه من الهدايا بكلامه بخير، ولا شر منه ٣٩٦/٥ برقم (١٠٢٤٤) والحديث فيه علتان: الأولى-أن فيه انقطاع، فقد ذكر البخاريّ في تاريخه أنه لا يُعرف لجهم سماع من سالم. التاريخ الكبير للبخاريّ ٢٣٠/٢. والثانية-أن فيه راوٍ

أفضل مما أهداه، فنهاه النبيّ ﷺ عن بيعها واستبدالها بأفضل منها؛ فدل على عدم جواز تبديل ما وقف لله.

يجاب عن استدلالهم من وجوه:

أولًا–أن الحديث ضعيف لا يحتج به كما تبين من التخريج.

ثانيًا–على تقدير صحة الحديث فإننا لا نسلم أن البُدْنَ كانت أنفس من النجيبة؛ ولهذا بُذِلَ فيها ثمن كثير، ونحن إنما نجيز التبديل إذا كان البدل أفضل من المبدل [(١)].

ثالثًا–أن المنع كان لمعنى في هذا الهدي كما قال أبو داود [(٢)] عقب روايته للحديث: هذا لأنه كان أشعرها.

٣–قياس الموقوف على الحر المُعْتَق، فكما أنه لا يقبل الرق بعد عتقه فكذلك العين الموقوفة لا تقبل الملك بعد صحة الوقف بجامع: إخراج الملك لله في كلٍّ [(٣)].

يجاب عنه: أنه قياس مع الفارق؛ لأن المُعتَق خرج عن المالية بالإعتاق، بخلاف الوقف فلم يخرج عن المالية [(٤)].

الراجح:

يترجح –والله أعلم–القول الأول؛ لقوة أدلتهم، ولأن الوقف ليس بالأمر التعبديّ الذي لا يعقل معناه حتى نقف عند ظاهر الحديث ونُبقي على العين ونتعلق بها، بل هو معقول المعنى يُبحث فيه عن العلل والمقاصد، فقصد الواقف وغرضه من الوقف دوام انتفاع الموقوف عليه بالوقف، واستمرار

=مجهول وهو الجهم بن الجارود. ميزان الاعتدال للذهبيّ ٤٢٦/١، وقد ذكرهما ابن القطان في بيان الوهم والإيهام ٥٨/٣.

(١) مجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٥١/٣١.

(٢) سبقت ترجمته.

(٣) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٥٢٣/١٦.

(٤) انظر: المناقلة بالأوقاف لابن قاضي الجبل ص٥٥.

الأجر والثواب له حتى يصح أن يطلق عليه "صدقة جارية"، وإبقاء الدور الموقوفة خربة والأراضي جُدبًا لا يُنتفع بها فيه تفويت لمقصد الواقف، لكن مع القول بالجواز ينبغي أن يُحتاط بأن لا يتخذ النُظَّار الظلمة وغيرهم ذلك ذريعة للاستيلاء على الأوقاف؛ وعليه أن يكون قرار الإبدال ليس موكولًا إلى الناظر وحده بل يحال إلى جماعة معه ويتحققوا من وجود الأفضلية في البدل ثم يبادروا في المبادلة؛ لأن من حق الواقف ألا تنقطع منفعة وقفه ولو يسيرًا (١).

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء حال تعطل المنافع:

يرد الاستثناء على القول الثاني في المسألة السابقة؛ إذْ ذهب الحنفيّة في الأصح وبعض المالكيّة وبعض الشافعيّة والحنابلة إلى جواز بيع الوقف مطلقًا إذا تعطلت منافعه (٢)، ودليلهم على ذلك:

١-ما جاء في أثر عمر السابق أنه نقل المسجد وكان ذلك بمشهد من الصحابة، ولم يظهر خلافه، فكان كالإجماع، وإذا صح استبدال المسجد صح غيره قياسًا عليه إن لم يكن من باب أولى.

٢-ولأن في بيع الوقف استبقاء له بمعناه عند تعذر إبقائه بصورته، وجمودنا على العين مع تعطلها تضييع للغرض، ويقرب هذا من الهدي إذا عطب في السفر، فإنه يذبح في الحال ويُبدَّل بهدي

---

(١) انظر: أحكام الوقف للكبيسي ٢/٥٣.

(٢) انظر: حاشية ابن عابدين ٤/٣٨٤ وقرن الحنفيّة الجواز بإذن القاضي بذلك، والكافي لابن عبد البر ٢/١٠٢٠، وحاشية الدسوقيّ ٤/٩١، والمهذب للشيرازيّ ٢/٣٣١، وروضة الطالبين للنوويّ ٥/٣٥٧، والمغني لابن قدامة ٦/٢٨. واتفق المالكيّة والشافعيّة على عدم جواز ذلك في المسجد وهو قول أبي يوسف من الحنفيّة وعليه الفتوى عندهم وهو رواية عند الحنابلة، ودليلهم ما سبق ذكره في أدلة المانعين ولأن الواقف لا يملك حق بيع المسجد بعد أن خرج الوقف عن ملكه، وأصبح ملكًا لله تعالى، وقد ذكر المرداويّ أن الجواز في المسجد من مفردات المذهب. انظر: الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ١٦/٥٢٣، وقيد مذهب المالكيّة الجواز في المنقول من دون العقار؛ لأنه لا يُرجى عوده بحال بخلاف العقار فإن المنفعة لا تنعدم بالكلية، فيمكن إصلاحه وذلك بإجارته سنين فيعود كما كان، وإذا تعطلت منافع العقار في وقت فقد تعود في وقت آخر، أما إذا كان للمصلحة العامة كبيع عقار موقوف لتوسعة مسجد أو طريق أو مقبرة فيجوز بيع العقار الموقوف، وتفريقهم لا وجه له.

آخر، وإن كان يختص بموضع، فلما تعذر تحصيل الغرض بالكلية، أُستوفي منه ما أمكن، وتُرك مراعاة المحل الخاص عند تعذره؛ لأن مراعاته مع تعذره تفضي إلى فوات الانتفاع بالكلية (١).

الراجح:

سبق أن رجحت في المسألة السابقة جواز بيع الوقف؛ للمصلحة الراجحة وهو عام فيما تعطلت منفعته أو لم تتعطل؛ وعليه فإن الاستثناء داخل ضمنًا على القول الراجح ولا حاجة للاقتصار عليه.

سبب الاستثناء:

المصلحة: وذلك لأن الوقف إذا تعطل نفعه فإن ذلك يخالف مقصوده وهو التأبيد، وبقاؤه فيه مصلحة للواقف وللموقوف عليه، فإذا تعطل ومنعنا بيعه فهذا تفويت للانتفاع بالكلية، بخلاف ما لو تم بيعه فإن في ذلك إبقاء لمعنى الوقف لتعذر صورته.

كما يمكن عَدُّ القياس سببًا ثانيًا للاستثناء، وذلك بقياسهم الوقف المتعطل على الهدي الذي أصابه عطب في الطريق فيجوز ذبحه وإبداله بهدي آخر، فكذلك الوقف إذا تعطل جاز أن يُبدَّل بعين أخرى بجامع: أن كلًّا منهما مختص بموضع، وأن بقاء عينه مقدَّم على هلاكه لأجل اختصاصه بالمكان، فإن استبقاء ذات الشيء مُقدَّمٌ على مراعاة المكان والزمان.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "الضرورات تبيح المحظورات" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "المشقة تجلب التيسير"، والمراد بالضرورة هنا مراعاة قصد الوقف عن الضياع واستبقاء منفعته ببيعه واستبداله (٢).

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٦/٢٨.

(٢) مجموع فتاوى ابن تيمية ٣١/٢٢٣.

المطلب الرابع

استثناء حال عدم إمكان حصر الموقوف عليهم من وجوب التعميم والتساوي بين الموقوف عليهم

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم التعميم والتساوي بين الموقوف عليهم:

اتفقت المذاهب الأربعة على وجوب التعميم والتساوي بين الموقوف عليهم إذا لم يفضل الواقف أحدًا منهم، ولم أقف على مخالف لهم [١]، ودليلهم على ذلك:

١–القياس على الإخوة لأم في قوله تعالى: ﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ﴾ [٢] فإنه يجب التعميم والتسوية بينهم، ومثله الوقف؛ لأن اللفظ يقتضي التسوية في كلٍّ، وقد أمكن الوفاء به، فوجب العمل بمقتضاه [٣].

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء حال عدم إمكان حصر الموقوف عليهم:

يستثنى من القول السابق إذا كان الموقوف عليه غير محصورين، كما لو وقف على المساكين فإنه لا يجب التعميم والتساوي، ويجوز التفضيل والاقتصار على بعضهم، وهذا باتفاق المذاهب الأربعة،

---

(١) انظر: الهداية للمرغيانيّ ٢٢/٣، والإسعاف في أحكام الأوقاف للطرابلسي ص ١٠٠،١١٣،١١٧،١٢٨، ومخطوط الإتحاف في أحكام الأوقاف لمحمد البرديسي لوح ١٣ و١٦، والحنفيّة يبطلون الوقف إذا كان على جماعة لا يحصرهم وصف الحاجة كالأرامل واليتامى، فلا يجيزون الوقف على بني تميم وغيرهم ممن لا يحصرون. انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٤٥/٦. وانظر بقية المذاهب: البيان والتحصيل لابن رشد ٢٥٣/١٢، والتاج والإكليل لابن المواق ٦٤٣/٧، ومواهب الجليل للحطاب ٤٨/٦، وحاشية الدسوقيّ ٩٦/٤، والمهذب للشرازيّ ٣٣٠/٢، وروضة الطالبين للنوويّ ٣٣٤/٥، ٣٥٢/٥، ومغني المحتاج للشربينيّ ٥٤٠/٣ وللشافعيّ قولٌ كقول الحنفيّة السابق، وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٥١٣/١٦، وشرح منتهى الإرادات للبهوتيّ ٤٢٣/٢.

(٢) سورة النساء: الآية:١٢.

(٣) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٥١٣/١٦.

ونقل الموفق ابن قدامة الإجماع على ذلك [1]، ودليلهم على ذلك:

١-عموم قوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾ [2]، فهي تدل على أن كل واجب عجز عنه العبد فإنه يسقط عنه، وأنه إذا قدر على بعض المأمور وعجز عن بعضه، فإنه يأتي بما يقدر عليه، ويسقط عنه ما يعجز عنه [3]، ويدل على ذلك أيضًا قول النبيّ ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا به ما استطعتم» [4].

٢-ولأن وقْفَه عليهم مع علمه بتعذر استيعابهم دليل على أنه لم يُرده، ومن جاز حرمانه، جاز تفضيل غيره عليه [5].

٣-ولأن مقصود الواقف عدم مجاوزة الجنس وذلك حاصل بالدفع إلى بعضهم [6].

وبناء عليه يتبين صحة الاستثناء، كيف لا وقد نقل الإجماع على ذلك موفق الدين ابن قدامة.

سبب الاستثناء:

النص، وهو عموم قوله تعالى: ﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾، وقول النبيّ ﷺ: «إذا أمرتكم بأمر فأتوا به ما استطعتم»، والأمر باستيعاب غير المحصورين هو تكليف بما لا يطاق وما ليس بمقدور المكلف، ومثله لا تأتي به الشريعة ولا تأمر به، كما يمكن عَدُّ الإجماع سببًا ثانيًا للاستثناء، وهو ما نقله موفق الدين ابن قدامة.

---

(١) انظر: الهداية للمرغينانيّ ٢٢/٣، والإسعاف في أحكام الأوقاف للطرابلسيّ ص١٤٣، والتاج والإكليل لابن المواق ٦٤٣/٧، ومواهب الجليل للحطاب ٤٨/٦، وحاشية الدسوقيّ ٩٦/٤، والمهذب للشيرازيّ ٣٣٢/٢، وتكملة المجموع للمطيعي ٣٥٧/١٥، والمغني لابن قدامة ٢٠/٦، وقد سبقت ترجمة ابن قدامة.

(٢) سورة التغابن: الآية ١٦.

(٣) تفسير السعديّ ٨٦٨/١.

(٤) أخرجه البخاريّ، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ ٩٤/٩ برقم (٧٢٨٨)، وأخرجه مسلم، كتاب الحج، باب فرض الحج مرة في العمر ٩٧٥/٢ برقم (١٣٣٧)، واللفظ للبخاريّ.

(٥) المغني لابن قدامة ٢٠/٦.

(٦) انظر: التاج والإكليل لابن المواق ٦٤٣/٧، وكشاف القناع للبهوتيّ ٢٩٠/٤.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة الكبرى: "المشقة تجلب التيسير"؛ وذلك لأن إلزام الناظر بالتعميم والتساوي بين الموقوف عليهم غير المحصورين فيه مشقة عليه وتكليفه بما لا يطاق، فخُفِّفَ عليه في هذا الجانب مراعاة للمشقة التي تقع عليه [١].

(١) انظر: غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر ١/٢٤٥.

المبحث الرابع

المستثنيات في باب الهبة والعطية

وفيه خمسة مطالب:

المطلب الأول–استثناء غير المكيل والموزون من عدم لزوم الهبة إلا بالقبض.

المطلب الثاني–استثناء العُمْرى والرُقْبى من عدم صحة تعليق الهبة بالشرط والوقت.

المطلب الثالث–استثناء تخصيص بعض الولد بالهبة لمعنى يقتضيه من عدم جواز التخصيص.

المطلب الرابع–استثناء الأب من عدم جواز رجوع الواهب في هبته.

المطلب الخامس–استثناء ما تعذر علمه من عدم صحة هبة المجهول.

المطلب الأول

استثناء غير المكيل والموزون من عدم لزوم الهبة إلا بالقبض [1]

وفيه فرعان:

الفرع الأول–أثر القبض في لزوم الهبة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على ثلاثة أقوال:

القول الأول–ذهب الشافعيّ في الجديد والحنابلة إلى أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض، فهي تصح بالعقد وتلزم بالقبض، ويحق للواهب الرجوع فيها ما لم يقبضها الموهوب له [2].

القول الثاني–ذهب الحنفيّة إلى أن الهبة عقد جائز ابتداءً وانتهاءً، ويجوز للواهب الرجوع في هبته سواء قبل القبض وبعده إلا بأسباب عارضة [3]، والقبض عندهم سبب لثبوت الهبة في ملك الموهوب له فقط، ولا أثر له في لزوم الهبة [4].

---

(١) الهبة في اللغة: العطية الخالية عن الأعواض والأغراض. لسان العرب لابن منظور ٨٠٣/١ مادة (وهب).
وفي اصطلاح الفقهاء: عرفها الحنفيّة بأنها: تمليك العين في الحال من غير عوض. بدائع الصنائع للكاسانيّ ١١٦/٦، وعرفها المالكيّة والشافعيّة بأنها: تمليك بلا عوض. مختصر خليل ٢١٤/١، وتكملة المجموع للمطيعي ٣٧٠/١٥، وعرفها الحنابلة بأنها: تمليك في الحياة بغير عوض. المغني لابن قدامة ٤١/٦، ولعل أجمعها تعريف الحنابلة وإن كانت متقاربة في الجملة، والهبة والهدية والعطية بمعنى واحد.

(٢) انظر: الحاوي للماورديّ ٥٣٥/٧، ونهاية المطلب للجوينيّ ٤١٠/٨، وروضة الطالبين للنوويّ ٣٧٥/٥، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٤/١٧، وكشاف القناع للبهوتيّ ٣٠١/٤.

(٣) سيأتي بيان حكم الرجوع في الهبة في المطلب الرابع من هذا المبحث.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٨٤/١٢، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ١٢٨/٦، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٩٧/٥، والعناية للبابرتي ١٩/٩–٢١.

القول الثالث–ذهب المالكيّة والشافعيّ في القديم إلى أن الهبة عقد لازم بمجرد العقد، سواء أقبض الموهوب له أم لم يقبض، بل إن المالكيّة قالوا: إن للموهوب له إجبار الواهب على تمكينه من القبض [١].

أدلة القول الأول:

١–أن النبيّ ﷺ لما تزوج أم سلمة قال لها: «إني أهديت إلى النجاشيّ [٢] أواقيًا [٣] من مسك، وحُلَّةً، وإني لا أُرَاهُ إلا قد مات، ولا أرى الهدية التي أُهْدِيَتْ إليه، إلا سُترد، فإذا رُدت إليَّ فهو لكِ أم لكم؟» فكان كما قال هلك النجاشيّ، فلما ردت إليه الهدية، أعطى كل امرأة من نسائه أوقية من ذلك المسك، وأعطى سائره أم سلمة وأعطاها الحُلَّة [٤].

وجه الاستدلال: أن الهبة لو كانت تلزم بمجرد العقد لدفع النبيّ ﷺ المسكَ إلى ورثة النجاشيّ، ولكنه قسمه بين زوجاته؛ فدل ذلك على أنها لا تلزم إلا بالقبض.

٢–ما يُروى عن النبيّ ﷺ أنه قال: «لا تجوز الهبة إلا مقبوضة» [٥]، أي لا يثبت حكمها إلا بالقبض [٦].

نوقش: أن الحديث لا أصل له كما ذكر في تخريجه، فلا تقوم به حجه.

---

(١) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ١١٤/٤، وشرح الخرشيّ ١٠٥/٧، وحاشية الدسوقيّ ١٠١/٤، وروضة الطالبين للنوويّ ٣٧٥/٥.

(٢) هو: أصحمة بن أبحر النجاشيّ، ملك الحبشة، واسمه بالعربيّة عطيّة، والنجاشيّ لقب له، أسلم على عهد النبيّ ﷺ، ولم يهاجر إليه، وكان ردءًا للمسلمين نافعًا، وقصته مشهورة في المغازي في إحسانه إلى المسلمين الذين هاجروا إليه في صدر الإسلام، وصلى عليه النبيّ صلاة الغائب لما توفي. انظر: الإصابة لابن حجر ٣٤٧/١.

(٣) الأوقية: أربعون درهمًا. طلبة الطلبة للنسفيّ ٤٦/١ مادة (ءوق).

(٤) أخرجه الطبرانيّ في الكبير ٨١/٢٥ برقم (٢٠٥)، والحاكم في المستدرك، كتاب النكاح ٢٠٥/٢ برقم (٢٧٦٦) وقال: هذا حديث صحيح الإسناد ولم يخرجاه.

(٥) ذكره الزيلعيّ في نصب الراية وقال: "غريب" وهذا يعني أنه لا أصل له، وهو مصطلح له في نصب الراية ١٢١/٤، وقال ابن حجر في الدراية: "لم أجده" ١٨٣/٢، وقال عنه العينيّ في البناية: "هذا حديث منكر لا أصل له" ١٦١/١٠، ونسبه الشافعيّ في الأم لإبراهيم النخعيّ ٦٥/٤.

(٦) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١١٥/٦.

٣-ما جاء أن أبا بكر كان نَحَلَ عائشة جُذاذ عشرين وَسْقًا (١) من ماله، فلما حضرته الوفاة، قال: "والله يا بُنية، ما من الناس أحب إلي غنىً بعدي منك، ولا أعز عليّ فقرًا منك، وإني كنت نحلتك من مالي جُذاذ عشرين وَسْقًا، فلو كنت جذذتيه، واحتزتيه كان لك، فإنما هو اليوم مال وارث، وإنما هو أخوك وأختاك، فاقسموه على كتاب الله ﷻ..." (٢)، وهذا نص في اشتراط القبض للزوم الهبة؛ إذ وهبها في صحته، ولم تقبضها حتى مرض، والإقباض في مرض الموت كالعطية، والعطية للوارث لا تصح (٣).

نوقش: يحتمل أن هبة أبي بكر لم تنفذ؛ لأنها لم تكن معينة، فهي من هبة المكيل قبل كيله، وهذا لا يصح إلا مقبوضًا، وإن أراد نخلًا يُجَذُّ عشرين وَسْقًا، فهو أيضًا غير معين، فلا تصح الهبة فيه قبل تعيينه، فيكون معناه: وعدتك بالنحلة (٤).

٤-ما جاء عن عمر بن الخطاب أنه قال: "ما بال رجال ينحلون أبناءهم نحلًا، ثم يمسكونها، فإن مات ابن أحدهم، قال: ما لي بيدي، لم أعطه أحدًا، وإن مات هو، قال: هو لابني قد كنت أعطيته إياه. مَنْ نَحَل نِحْلة، فلم يحزها الذي نحلها، حتى يكون إن مات لورثته، فهي باطل" (٥).

---

(١) والجُذاذ: قال الفيوميّ في المصباح المنير: جذذت الشيء جذًا من باب قتل قطعته فهو مجذوذ فانجذ أي: انقطع.٩٤/١ مادة (جذذ). والوَسْق: ستون صاعًا بصاع النبيّ ﷺ، والصاع خمسة أرطال وثلث. تهذيب اللغة للأزهريّ ١٨٦/٩ مادة (وَسْق).

(٢) رواه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، ما لا يجوز من النحل ١٠٨٩/٤ برقم (٢٧٨٣)، والبيهقيّ في السنن الصغرى، كتاب البيوع، باب شرط القبض في الهبة ٣٣٧/٢ برقم (٢٢٣١) وقال الألبانيّ في الإرواء: إسناده صحيح على شرط الشيخين. ٦٢/٦.

(٣) انظر: جامع الأصول لابن الأثير ١٠٨/٤.

(٤) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٩/١٧.

(٥) رواه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، ما لا يجوز من النحل ١٠٩٠/٤ برقم (٢٧٨٤)، والبيهقيّ في السنن الكبرى، كتاب الهبات، باب شرط القبض في الهبة ٢٨١/٦ برقم (١١٩٤٩) وإسناده صحيح. التحجيل للطريفي ٢٦٠/١.

نوقش من وجهين:

أولًا–أن عمر لم يمنع من انعقاد الهبة بالإيجاب والقبول، ولكنه كان يمنع من الاحتفاظ بالهبة إلى الموت، والانتفاع بها، واعتبار ذلك حيلة لمنع الورثة؛ وذلك ممنوع؛ لأن الله ﷻ فرض الفرائض لأهلها.

ثانيًا–أن أثر أبو بكر وعمر معارض بأقوال صحابة آخرين كعليّ وابن مسعود وغيرهما ﷺ وإذا وقع بينهم خلاف لم يكن قول أحدهم حجة بمفرده [١].

أدلة القول الثاني:

١–قوله تعالى: ﴿وَإِذَا حُيِّيتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾ [٢]، وجه الدلالة: أن الهدية بالمال يطلق عليه تحيَّة، فجواز الرد فيها يبين أنها عقد غير لازم ابتداءً وانتهاءً، سواءً أكان قبل القبض أم بعد القبض [٣].

نوقش: أن هذا دليل عام يخصصه ما جاء في خبر هبة النبيّ ﷺ للنجاشيّ وما ذُكر في أدلة القول الأول، وهذا التوجيه أولى؛ لأن فيه جمعًا بين الأدلة وعملًا بكلا الدليلين، ومعلوم أنه لا يُصار إلى الترجيح مع إمكان الجمع.

٢–ما جاء عن أبى هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «الواهب أحق بهبته ما لم يَثِب منها» [٤]،

---

(١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٧/١٨–٢٠. وقد روى أبن أبي شيبة في المصنف بسنده عن النضر بن أنس، قال: نحلني أبي نصف داره، فقال أبو بردة: إن سرك أن تحوز ذلك فاقبضه فإن عمر بن الخطاب «قضى في الأنحال أن ما قبض منه فهو جائز، وما لم يقبض منه فهو ميراث» كتاب البيوع والأقضية، من قال: لا تجوز الصدقة حتى تقبض ٤/٢٨٠ برقم (٢٠١٣١) فكان أنسُ يرى أن الهبة نافذة ولو لم تقبض؛ مما يدل على وجود الخلاف بين الصحابة.

(٢) سورة النساء: الآية ٨٦.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٥/٩٧.

(٤) أخرجه ابن ماجه في كتاب الهبات، باب من وهب هبة رجاء ثوابها ٢/٧٩٨ برقم (٢٣٨٧)، وأخرجه الدارقطنيّ في سننه، كتاب البيوع ٣/٤٦١ برقم (٢٩٧١) ورواه من طريق آخر عن ابن عمر برقم (٢٩٦٩) وقال: لا يثبت هذا مرفوعًا، والصواب عن ابن عمر عن عمر موقوفًا، وراه أيضًا من طريق ثالث عن الحسن عن سمرة برقم

أي: ما لم يكن المقصود بالهبة المعاوضة عليها [1].

نوقش: أن الحديث بكل طرقه لا يصح إلى النبيّ ﷺ كما تبين في تخريجه، فلا يحتج به.

أدلة القول الثالث:

١-قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾ [2]، وجه الاستدلال: أن (العقود) جمع يشمل كل عقد تم بين متعاقدين، لا فرق بين عقد وآخر، فإذا تم الإيجاب والقبول في الهبة فقد تم العقد، وأمر الله بالوفاء به، ولا يتوقف الأمر على قبض ونحوه [3].

نوقش: أن المراد بالآية لازم العقود، حتى البيع قبل لزومه لا يجب الوفاء به، فكذلك عقد الهبة لا يجب الوفاء به قبل لزومه، وهو لا يلزم إلا إذا قُبِض، بدليل ما فهمه الصحابة ﷺ؛ لأنهم أقرب إلى فهم النصوص؛ لقربهم من التنزيل، وأخذهم عن الرسول ﷺ [4].

٢-ما جاء عن ابن عباس ﷺ، قال: قال النبيّ ﷺ: «العائد في هبته كالكلب يقيء ثم يعود في قيئه» [5]، وجه الاستدلال: أن الحديث دالّ على تحريم الرجوع في الهبة، وهي تشمل المقبوضة

=(٢٩٧٣)، ورواه من طريق رابع عن ابن عباس برقم (٢٩٧٥) وقال ابن عبد الهادي بعدما ساق هذه الأحاديث: ليس في هذه الأحاديث ما يصحُّ. تنقيح التحقيق ٢٢٧/٤. ورواه البيهقيّ في الكبرى، كتاب الهبات، باب المكافأة في الهبة ٣٠٠/٦ برقم (١٢٠٢٤) من طريق إبراهيم بن إسماعيل عن عمرو بن دينار عن أبي هريرة، ثم قال: وإبراهيم بن إسماعيل ضعيف عند أهل العلم بالحديث، وعمرو بن دينار عن أبي هريرة منقطع، وانظر: بيان الوهم والإيهام لابن القطان ٤٤١/٥، ونصب الراية للزيلعيّ ١٢٥/٤.

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٢٨/٦، ومجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٨٣/٣١.

(٢) سورة المائدة: الآية ١.

(٣) انظر: المنتقى شرح الموطأ لأبي الوليد الباجي ٩٤/٦، وبداية المجتهد لابن رشد ١١٥/٤، وتفسير القرطبيّ ٣٢/٦.

(٤) انظر: إعلام الموقعين ٣٠٢/٣، والملكية ونظريّة العقد لأبي زهرة ص٢٦١.

(٥) أخرجه البخاريّ، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب هبة الرجل لامرأته والمرأة لزوجها ١٥٨/٣ برقم (٢٥٨٩)، وأخرجه مسلم، كتاب الهبات، باب تحريم الرجوع في الصدقة والهبة بعد القبض إلا ما وهبه لولده وإن سفل ١٢٤١/٣ برقم (١٦٢٢).

وغيرها؛ لأن تسميتها هبة لا يتوقف على قبضها، فدل على أن القبض غير معتبر في لزوم الهبة[1].

نوقش: بأن الحديث وعيد على العائد في هبته، والعَوْد لا يصدق إلا على ما خرج من يد الواهب ثم عاد إليه [2].

٣-أن الهبة تمليك عين في حال الحياة، فوجب أن يلزم بمجرد الإيجاب والقبول كالبيع [3].

نوقش: أنه قياس مع الفارق لسببين:

أولًا-أن القبض في البيع أثر من آثار العقد، وليس شرطًا للزوم البيع، ولا لإتمامه، فخالف الهبة.

ثانيًا-أن البيع من عقود المعاوضات، والهبة من عقود التبرع.

الراجح:

الخلاف في هذه المسألة قوي وتتجاذبها أدلة كل فريق، ولكني أميل إلى القول الأول؛ لوجاهة أدلتهم في الجملة، ولكونه وسط بين الأقوال فلم يجعلوا العقد جائزًا مطلقًا كالقول الثاني، ولم يجعلوه لازمًا مطلقًا بمجرد العقد كالقول الثالث، ففيه فسحة للواهب للتروي، وعقود التبرعات الأمر فيها واسع فلا ينبغي التشديد فيها.

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء غير المكيل والموزون:

يرد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة؛ إذْ ذهب الحنابلة في رواية إلى استثناء غير المكيل والموزون وما يقاس عليهما كالمعدود والمذروع فتلزم الهبة فيما عداها بمجرد العقد [4]، ودليلهم على ذلك:

---

(١) انظر: الاستذكار لابن عبد البر ٢٣٧/٧، وبداية المجتهد لابن رشد ١١٤/٤، وحاشية الدسوقيّ ١١٢/٤، وانظر أيضًا: شرح ابن بطال على صحيح البخاريّ ١٣٩/٧.

(٢) انظر: شرح ابن بطال على صحيح البخاريّ ٢٩٢/٥، وشرح النوويّ على مسلم ٦٤/١١.

(٣) انظر: المنتقى شرح الموطأ لأبي الوليد الباجي ٩٤/٦، وبداية المجتهد لابن رشد ١١٤/٤.

(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والأنصاف ١٨/١٧، وكشاف القناع للبهوتيّ ٣٠١/٤.

١-القياس على البيع؛ لأن الهبة أحد نوعي التمليك، فكان منها ما لا يلزم قبل القبض، ومنها ما يلزم قبله كالبيع، فإن منه ما لا يلزم إلا بقبض وهو الصرف وبيع الربويات، ومنه ما يلزم قبله وهو ما عدا ذلك [١].

وسبق الجواب عنه في أدلة القول الثالث في المسألة السابقة.

٢-ما جاء في خبر نحلة أبي بكر الصديق لعائشة-السابق-؛ إذ نحلها جُذاذ عشرين وَسْقًا، ففيه أن هبة المكيل والموزون لا تلزم إلا بالقبض؛ لأن أبا بكر رجع عن هبته في آخر حياته، ولو لزمت بمجرد العقد لما جاز له الرجوع، وما عدا المكيل والموزون فيلزم بمجرد العقد.

نوقش: أن غاية ما في الخبر أن هبة المكيل والموزون تلزم بالقبض ولا ينفي ذلك عما عداهما، ولا يمنع أن يكون ثبوت لزوم الهبة بالقبض فيما عدا المكيل والموزون ثابت بأدلة أخرى كما سبق في أدلة القول الأول في المسألة السابقة.

الراجح:

سبق أن رجحت في المسألة السابقة أن الهبة لا تلزم إلا بالقبض مطلقًا؛ وبناء عليه فلا يصح هذا الاستثناء.

سبب الاستثناء:

القياس، وهو ظاهر في قياسهم الهبة على البيع فإن منه ما لا يلزم إلا بقبض وهو الصرف وبيع الربويات ومنه ما يلزم قبله.

(١) المغني لابن قدامة ٦/٤٤.

المطلب الثاني

استثناء العُمْرى والرُقْبى من عدم صحة تعليق الهبة بالشرط والوقت

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم تعليق الهبة بالشرط والوقت:

تعليق الهبة بالشرط كقول الواهب: "إذا قَدِمَ فلان فقد وهبتك كذا وكذا"، وتعليقها بالوقت كقوله: "وهبتك داري شهرًا". وقد اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول–ذهب المالكيّة إلى جواز تعليق الهبة ووافقهم شيخ الإسلام ابن تيمية (١).

القول الثاني–ذهب الحنفيّة والشافعيّة والحنابلة إلى عدم جواز تعليق الهبة (٢).

أدلة القول الأول:

١–أن النبيّ ﷺ لما تزوج أم سلمة قال لها: «إني أهديت إلى النجاشيّ أواقيًا من مسك، وحُلَّةً، وإني لا أُرَاهُ إلا قد مات، ولا أرى الهدية التي أُهْدِيَتْ إليه، إلا سُترد، فإذا رُدت إليَّ فهو لكِ أم لكم؟» فكان كما قال هلك النجاشيّ، فلما ردت إليه الهدية، أعطى كل امرأة من نسائه أوقية من ذلك المسك، وأعطى سائره أم سلمة وأعطاها الحُلَّة (٣). **وجه الاستدلال:** أن النبيّ ﷺ علَّق الهبة على رجوعها. كما يُستدل لهذا القول بالأدلة الذي سبق ذكرها في صحة البيع المعلق على شرط؛ لأن الهبة تمليك عين كالبيع (٤).

---

(١) انظر: الذخيرة للقرافيّ ٢٦٥/٦، والإنصاف للمرداويّ مع المقنع والشرح الكبير ٤٤/١٧. وقد سبقت ترجمة شيخ الإسلام ابن تيمية.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١١٨/٦، ومغني المحتاج للشربينيّ ٥٦١/٣، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٤٤/١٧.

(٣) سبق تخريجه، كما سبقت ترجمة النجاشي في الموضع نفسه.

(٤) انظر: ص ١٥٦ من هذا البحث.

أدلة القول الثاني:

سبق ذكرها في مسألة حكم البيع المعلق على شرط وتمت مناقشتها [1].

الراجح:

سبق أن رجحت القول بصحة تعليق البيع على شرط ومثل ذلك الهبة؛ لقوة أدلتهم ولموافقته الأصل العام في الشروط وهو الصحة والجواز ما لم يمنع من ذلك مانع.

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء العُمْرى والرُقْبى:

أولًا-التحقيق في استثناء العُمْرى [2]:

ذهب جماهير العلماء من الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّ في الجديد والحنابلة إلى جواز العُمْرى، على خلاف بينهم هل هي تمليك للرقبة والعين أم تمليك للمنفعة فقط؟ وهل تعود لمن أعمرها بعدة وفاة المُعْمَر له أو تؤول لورثته؟ وقولهم هذا مستثنى من قولهم السابق في منع تعليق البيع بالشرط [3]، ودليلهم عليه:

١-ما جاء عن جابر ﵁، قال: «قضى النبيّ ﷺ بالعُمْرى، أنها لمن وُهِبَت له» [4].

---

(١) انظر: ص ١٥٦ من هذا البحث.

(٢) قال ابن منظور: والعُمْرى: ما تجعله للرجل طول عمرك أو عمره. لسان العرب ٦٠٣/٤ مادة (عمر). ولا يختلف التعريف الاصطلاحيّ عن التعريف اللغويّ، وسميت عُمْرى لتقييدها بالعمر. انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١١٦/٦، وبداية المجتهد لابن رشد ١١٦/٤، والحاوي للماورديّ ٥٤٠/٧، والمغني لابن قدامة ٦٨/٦.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٩٦/١٢، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ١١٦/٦، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٩٣/٥، وبداية المجتهد لابن رشد ١١٦/٤، ومواهب الجليل للحطاب ٦١/٦، ومنح الجليل لمحمد عليش ٢٠١/٨، والحاوي للماورديّ ٥٤٠/٧، والمهذب للشيرازيّ ٣٣٤/٢، وروضة الطالبين للنوويّ ٣٦٦/٥، وتكملة المجموع للمطيعي ٣٩٢/١٥، ومغني المحتاج للشربينيّ ٥٦١/٣، والمغني لابن قدامة ٦٨/٦، كشاف القناع للبهوتيّ ٣٠٧/٤. وهو استثناء باعتبار قول الحنفيّة والشافعيّ في الجديد والحنابلة، أما المالكيّة فلا إشكال عندهم؛ لأنهم يجيزون الهبة المعلقة ومن ذلك العُمْرى.

(٤) أخرجه البخاريّ، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب ما قيل في العُمُرى والرُقْبى ١٦٥/٣ برقم (٢٦٢٥)، وأخرجه مسلم، كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ١٢٤٦/٣ برقم (١٦٢٥).

٢-ما جاء عن أبي هريرة ﷺ عن النبيّ ﷺ قال: «العمرى جائزة» (١).

وهذان نصان صريحان يدلان على الجواز.

ثانيًا-التحقيق في استثناء الرُقْبى (٢):

ذهب أبو يوسف من الحنفيّة والشافعيّ في الجديد والحنابلة إلى أن الرُقْبى للدار أو الأرض صحيحة(٣)، وهي نوع من أنواع الهبة مستثناة من عدم جواز التعليق ودليلهم على ذلك: ما جاء عن جابر ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «العُمْرى جائزة لأهلها، والرُقْبى جائزة لأهلها» (٤).

الراجح:

بناءً على ما رجحته سابقًا من جواز تعليق البيع على شرط فإنه يجوز ذلك في الهبة من دون تقييد في العُمْرى والرُقْبى ولا حاجة لهذا الاستثناء.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر في حديثي جابر وحديث أبي هريرة التي استدل بها القائلون بالاستثناء.

---

(١) أخرجه البخاريّ، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب ما قيل في العُمْرى والرُقْبى ١٦٥/٣ برقم (٢٦٢٦)، وأخرجه مسلم، كتاب الهبات، باب كراهة تفضيل بعض الأولاد في الهبة ١٢٤٧/٣ برقم (١٦٢٥).

(٢) قال ابن منظور: الرُقْبى من المراقبة؛ لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه. لسان العرب ٤٢٦/١ مادة (رقب). وفي اصطلاح الفقهاء: أن يقول أرقبتك هذه الدار أو هي لك حياتك على إنك إن مِتَّ قبلي عادت إليَّ وإن مِتُّ قبلك فهي لك ولعقبك، فكأنه يقول هي لآخرنا موتًا؛ ولذلك سميت رُقْبى لأن كل واحد منهما يرقب موت صاحبه. انظر: المبسوط للسرخسيّ ٨٩/١٢، والقوانين الفقهيّة لابن جزي ٢٤٥/١، والحاوي للماورديّ ٥٣٩/٧، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٤٧/١٧.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١١٧/٦، والحاوي للماورديّ ٥٤٠/٧، ومغني المحتاج للشربينيّ ٥٦١/٣، ونهاية المحتاج للرمليّ ٤١٠/٥، والمغني لابن قدامة ٦٨/٦.

(٤) أخرجه أبو داود في سننه، كتاب البيوع، باب في الرُقْبى ٢٩٥/٣ برقم (٣٥٥٨)، وأخرجه الترمذيّ في سننه، أبواب الأحكام، باب ما جاء في الرُقْبى ٦٢٥/٣ برقم (١٣٥١) وقال: "هذا حديث حسن... والعمل على هذا عند بعض أهل العلم من أصحاب النبيّ ﷺ وغيرهم".

المطلب الثالث

استثناء تخصيص بعض الولد بالهبة لمعنًى يقتضيه من عدم جواز التخصيص

وفيه فرعان:

الفرع الأول-حكم تخصيص بعض الولد بالهبة:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول-ذهب الحنابلة إلى عدم جواز تخصيص بعض الولد بالهبة، وتبطل الهبة مع عدم المساواة، وهو من مفردات الحنابلة، وقال به طاووس وشيخ الإسلام ابن تيمية (١).

القول الثاني-ذهب جماهير العلماء من الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة إلى جواز تخصيص بعض الولد بالهبة، وتصح الهبة مع الكراهة (٢).

أدلة القول الأول:

١-ما جاء عن النعمان بن بشير (٣)، أن أباه أتى به إلى رسول الله ﷺ فقال: "إني نحلت ابني هذا غلامًا"، فقال: «أكل ولدك نحلت مثله؟» قال: "لا"، قال: «فأرجعه»، وفي رواية: «فاتقوا الله

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٥١/٦، ومجموع الفتاوى لابن تيمية ٢٧٧/٣١، ٢٩٤/٣١، وكشاف القناع للبهوتيّ ٣٠٩/٤، والمنح الشافيات له أيضًا ٥٢٠/٢. وسبقت ترجمة طاووس وابن تيمية.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٢٧/٦، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٨٨/٧، والكافي لابن عبد البر ١٠٠٣/٢، وبداية المجتهد لابن رشد ١١٢/٤، والحاوي للماورديّ ٥٤٤/٧، ومغني المحتاج للشربينيّ ٥٦٦/٣، والمالكيّة يمنعون التخصيص في حالة واحدة: وهي أن يخص الوالد بعض أولاده بجميع ماله.

(٣) هو النعمان بن بشير بن سعد بن ثعلبة الخزرجيّ الأنصاريّ، يُكنى بأبي عبد الله، أمير، خطيب، شاعر، لَهُ ولأبويه صحبة، ولد في السنة الثانية للهجرة، وهو أول مولود في الأنصار بعد الهجرة، استعمله معاوية على الكوفة، ثم نقله إلى إمرة حمص وظل عليها إلى أن مات معاوية بن يزيد فدعا الناس إلى بيعة عبد الله بن الزبير بالشام، فخالفه أهل حمص، فخرج منها، فتبعوه وقتلوه، وذلك بعد وقعة مرج راهط، سنة أربع وستين في ذي الحجة. انظر: أُسْدُ الغابة لابن الأثير ٥٥٠/٤، والإصابة لابن حجر ٣٤٦/٦.

واعدلوا بين أولادكم»، وفي رواية: «لا تشهدني على جور» [١]، وفي رواية: «فاردده» [٢] و«فأشهد على هذا غيري»، و«قاربوا بين أولادكم»، و«فإني لا أشهد إلا على حق» [٣].

وجه الاستدلال: أن النبيّ ﷺ سماه جورًا وهو محرم شرعًا، وأمر برده والأمر يقتضي الوجوب وهذا دليل على بطلانها [٤].

٢-ولأن تفضيل بعضهم يورث العداوة والبغضاء وقطيعة الرحم، فمُنِعَ منه، كتزويج المرأة عمتها وخالتها [٥].

أدلة القول الثاني:

١-استدلوا بحديث النعمان بن بشير السابق إذ ورد في بعض رواياته: «فأشهد على هذا غيري»، وجه الاستدلال: أن النبيّ ﷺ أمره بتأكيدها من دون الرجوع منها، ولو كانت محرمة لمنع من ذلك ولم يكتفِ بالتنزه عن الشهادة [٦]، وإنما امتنع النبيّ ﷺ عن الإشهاد لكونه الإمام وكأنه قال: لا أشهد لأن الإمام ليس من شأنه أن يشهد وإنما من شأنه أن يحكم [٧].

---

(١) أخرجه البخاريّ، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها ١٥٧/٣ برقم (٢٥٨٦) و١٥٨/٣ برقم (٢٥٨٧) ولفظ «لا تشهدني على جور» رواه البخاريّ في كتاب الشهادات، باب لا يشهد على شهادة جور إذا أُشهِد ١٧١/٣ برقم (٢٦٥٠).

(٢) صحيح مسلم، كتاب الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة ١٢٤٢/٣ برقم (١٦٢٣) وقد رواه أيضًا بالألفاظ الثلاثة نفسها التي رواها البخاريّ ١٢٤١/٣ برقم (١٦٢٣) و١٢٤٢/٣ برقم (١٦٢٣) و١٢٤٣/٣ برقم (١٦٢٣).

(٣) صحيح مسلم، كتاب الهبات، باب كراهية تفضيل بعض الأولاد في الهبة ١٢٤٣/٣ برقم (١٦٣٢) و١٢٤٤/٣ برقم (١٦٢٣) و ١٢٤٤/٣ برقم (١٦٢٤).

(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٦٥/١٧، والمنح الشافيات للبهوتيّ ٥٢٣/٢-٥٢٤.

(٥) المغني لابن قدامة ٥٢/٦.

(٦) مغني المحتاج للشربينيّ ٥٦٦/٣.

(٧) فتح الباري لابن حجر ٢١٤/٥.

نوقش من وجهين:

أولًا: أن قول النبيّ ﷺ: «فأشهد على هذا غيري» ليس بأمر؛ لأن أدنى أحوال الأمر الاستحباب والندب، ولا خلاف في كراهة هذا، وكيف يجوز أن يأمره بتأكيده، مع أمره برده، وتسميته إياه جورًا، وحمل الحديث على هذا حملٌ لحديث النبيّ ﷺ على التناقض والتضاد، ولو أمر النبيّ ﷺ بإشهاد غيره، لامتثل بشير أمره، ولم يَرِد [(١)]، وإنما هذا تهديد وتوبيخ له على هذا بدلالة ألفاظ الحديث، فيفيد ما أفاده النهي عن إتمامه [(٢)]، فهو كقوله تعالى: ﴿فَاعْبُدُوا مَا شِئْتُمْ﴾ [(٣)]، أي أن إشهاد الغير عليه تشنيع ورفض لعدم العدل [(٤)]، وكقوله لعائشة: «اشترطي لهم الولاء» [(٥)].

ثانيًا–أنه لا يلزم من كون الإمام ليس من شأنه أن يشهد أن يمتنع من تحمل الشهادة ولا من أدائها إذا تعينت عليه [(٦)].

٢–أنه قد وقع من بعض الصحابة تفضيل بعض أولادهم بالهبة، فنحل أبو بكر ابنته عائشة من دون سائر ولده، وفضّل عمر ابنه عاصمًا، وفضل عبد الله بن عمر بعض ولده على بعض، وفضّل عبد الرحمن بن عوف ولد أم كلثوم، ولو كان التفضيل غير جائز لما وقع منهم ذلك [(٧)].

يجاب عنه من وجهين:

أولًا–أن أقوال الصحابة لا تعارض قول النبيّ ﷺ، ولا يُحتج بها معه.

ثانيًا–أنه يحتمل أن التفضيل كان للحاجة أو أنهم نحلوا جميع أولادهم معهم أو أن إخوتهم كانوا راضين بذلك، ويتعين حمل حديثه على أحد هذه الوجوه؛ لأن حمله على مثل محل النزاع منهيّ

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٢/٦.

(٢) فتح الباري لابن حجر ٢١٤/٥.

(٣) سورة الزمر: الآية ١٥.

(٤) شرح منتهى الإرادات للبهوتيّ ٤٣٧/٢.

(٥) أخرجه البخاريّ، كتاب البيوع، باب إذا اشترط شروطًا في البيع لا تحل ٧٣/٣ برقم (٢١٦٨)، وأخرجه مسلم، كتاب العتق، باب إنما الولاء لمن أعتق ١١٤٢/٢ برقم (١٥٠٤).

(٦) فتح الباري لابن حجر ٢١٤/٥.

(٧) انظر: الحاوي للماورديّ ٥٤٤/٧، مغني المحتاج للشربينيّ ٥٦٦/٣، ونيل الأوطار للشوكانيّ ١٢/٦.

عنه، وأقل أحواله الكراهة، والظاهر من حال أبي بكر وحال أصحاب النبيّ ﷺ جميعًا اجتناب المكروهات، بل إنهم كانوا يستحبون التسوية بينهم حتى في القُبَل [١].

٣-أن الإجماع انعقد على جواز عطية الرجل ماله لغير ولده، فإذا جاز أن يخرج جميع ولده عن ماله جاز له أن يخرج عن ذلك بعضهم [٢].

يجاب عنه: أن هذا قياس في مقابلة النص فلا عبرة به [٣].

الراجح:

يترجح -والله أعلم-ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة المخالفين، ولأن في تفضيل بعض الأولاد على بعض مفاسد تخالف مقصود الشريعة وبث للعداوة والقطيعة بينهم.

سبب الخلاف:

سبب الخلاف في هذه المسألة معارضة القياس للفظ النهي الوارد، وذلك أن النهي يقتضي عند الأكثر التحريم، كما يقتضي الأمر الوجوب.

فمن ذهب إلى الجمع بين السماع والقياس حمل الحديث على الندب، ومن أخذ بظاهر النص حمل الحديث على الوجوب [٤].

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء تخصيص بعض الولد بالهبة لمعنى يقتضيه:

يرد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة؛ إذ استثنوا ما إذا كان للتخصيص معنى يقتضيه كأن يكون في الولد حاجة أو زَمَانة أو عمى أو كثرة عائلة أو لاشتغاله بالعلم، أو كان الحرمان من العطية لبعض ولده لفسقه أو بدعته فأجازوا التفضيل في هذه الحالة، وهو رواية

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٢/٦.

(٢) التمهيد لابن عبد البر ٢٣٠/٧، وبداية المجتهد لابن رشد ١١٣/٤.

(٣) فتح الباري لابن حجر ٢١٥/٥.

(٤) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ١١٣/٤ بتصرف.

عن الإمام أحمد اختارها الموفق ابن قدامة وابن تيمية وغيرهم [1]، وتزول الكراهة في هذه الحالة عند جماهير العلماء [2]، ودليلهم على ذلك:

١-أنهم حملوا نحلة أبا بكر لابنته عائشة على هذا المعنى فخصها بعطيته لحاجتها وعجزها عن الكسب والتسبب فيه، مع اختصاصها بفضلها، وكونها أم المؤمنين زوج رسول الله ﷺ وغير ذلك من فضائلها.

نوقش: أن الأدلة عامة ولم تقيد بهذا القيد، والنبيّ ﷺ لم يستفصل بشيرًا في عطيته.

الجواب عنه: أن حديث بشير قضية في عين لا عموم لها، وترك النبيّ ﷺ الاستفصال يجوز أن يكون لعلمه بالحال.

فإن قيل: لو علم بالحال لما قال: «ألك ولد غيره؟». قلنا: يحتمل أن يكون السؤال هاهنا لبيان العلة، كما قال ﷺ للذي سأله عن بيع الرطب بالتمر: «أينقص الرطب إذا يبس؟» قال: نعم: قال: «فلا إذا» [3].

وقد عَلِم أن الرطب ينقص، لكن نبه السائل بهذا على علة المنع من البيع، كذا هاهنا.

٢-القياس على الوقف، فكما يجوز تفضيل بعض الولد بالوقف عليه لحاجته فكذلك في الهبة بجامع الحاجة في كلٍّ [4].

الراجح:

يظهر -والله أعلم صحة الاستثناء؛ لأن سبب التخصيص إن كان لمزية المُخَصص وفضله فهو تحفيز له ولغيره بأن يحذوا حذوه، وإن كان سبب التخصيص لنقص في المحروم كفسق وابتداع فإن

---

(١) المغني لابن قدامة ٥٣/٦، ومجموع فتاوى ابن تيمية ٢٥٩/٣١، وكشاف القناع للبهوتيّ ٣١١/٤. وقد سبقت ترجمة الموفق ابن قدامة.

(٢) وهم الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة؛ إذ سبق أنهم يرون صحة التفضيل في الهبة بين الأولاد مع الكراهة، وتزول الكراهة عندهم إذا كان التخصيص لمعنًى يقتضيه. انظر: مجمع الأنهر لشيخي زاده ٣٥٨/٢، والبيان والتحصيل لابن رشد ٤٠٠/١٣، ومغني المحتاج للشربينيّ ٥٦٧/٣.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) انظر: المغني لابن قدامة ٥٢/٦-٥٣.

في ذلك ردع له، وقد قال تعالى: ﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾ (١)، وفي كل الأحوال فإن تقدير المصلحة متروك للأب وهو أخبر بحال أولاده.

سبب الاستثناء:

القياس: إذ قاسوا تخصيص بعض الولد بالهبة على حكم الوقف على بعض الولد إذا كان لحاجة، بجامع الحاجة في كلٍّ.

كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا ثانيًا للاستثناء؛ فإذا كان سبب التخصيص لفضل الولد المُخصَص كبرِّه بوالده أو انشغاله بطلب العلم عن طلب الرزق فإن تخصيصه بالهبة تحفيزٌ له ولغيره، ولا شك أن في هذا مصلحة وتشجيع على عبادة عظيمة، وفي المقابل إذا كان سبب التخصيص لنقص في المحروم كفسق وغيره فإن في حرمانه ردع له، وفي كلا الأمرين مصلحة تقديرية للوالد.

---

(١) سورة المائدة: الآية ٢.

المطلب الرابع

استثناء الأب من عدم جواز رجوع الواهب في هبته

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم رجوع الواهب في هبته:

الخلاف في هذه المسألة مبنيٌّ على الخلاف في مسألة لزوم الهبة التي سبق الكلام عنها، فمن قال بلزومها منع من الرجوع فيها وهم جماهير العلماء من المالكيّة والشافعيّة والحنابلة على خلاف بينهم هل تلزم بالعقد أم بالقبض (١)، ومن قال بعدم لزومها أجاز الرجوع فيها وهم الحنفيّة (٢).

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الأب:

يرد هذا الاستثناء على القولين السابقين جميعًا، فأجاز الجمهور للأب الرجوع بشرط بقاء الهبة في ملك الموهوب له على حالها، ومنع الحنفيّةُ الأبَ من الرجوع في هبته وهو رواية عن الإمام أحمد (٣)، ودليل القولين على النحو الآتي:

أدلة الجمهور:

١–ما جاء عن ابن عمر وابن عباس ﭫ رفعاه إلى النبيّ ﷺ قال: «لا يحل للرجل أن يعطي العطية فيرجع فيها إلا الوالد فيما يعطي ولده، ومثل الرجل يعطي العطية ثم يرجع فيها كمثل الكلب

---

(١) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ١١٤/٤، وشرح الخرشيّ ١٠٥/٧، وحاشية الدسوقيّ ١٠١/٤، والحاوي للماورديّ ٥٣٥/٧، ونهاية المطلب للجوينيّ ٤١٠/٨، وروضة الطالبين للنوويّ ٣٧٥/٥، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٤/١٧، وكشاف القناع للبهوتيّ ٣٠١/٤.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٨٤/١٢، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ١٢٨/٦، وتبيين الحقائق للزيلعيّ مع حاشية الشلبيّ ٩٧/٥، والعناية للبابرتي ١٩/٩–٢١. وانظر: المطلب الأول من هذا المبحث في أثر القبض في لزوم الهبة.

(٣) انظر: المراجع السابقة، وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٨٤/١٧.

أكل حتى إذا شبع قاء ثم رجع في قيئه» (١)، وجه الدلالة: أن الحديث ظاهر في استثناء الولد، وشنّع في الرجوع فيما عداه وشبهه بالكلب يقيء ثم يعود في قيئه (٢).

٢-أن النبيّ ﷺ أمر بشيرًا أن يرد هبته من ولده النعمان، وقد امتثل بشيرٌ ذلك فرجع، وأقل أحوال الأمر الجواز. فإن قيل: يُحمل الحديث على أنه لم يكن أعطاه شيئًا. قلنا: هذا يخالف ظاهر الحديث لقوله: "تصدق أبي عليّ بصدقة"، وقول بشير: "إني نحلت ابني غلامًا" يدل على أنه كان قد أعطاه، وقول النبيّ ﷺ: «فاردده» فهذه الروايات ترد الاحتمال الذي أوردوه (٣).

٣-ما جاء عن عائشة، قالت: قال رسول الله ﷺ: «إن أطيب ما أكل الرجل من كسبه، وولده من كسبه» (٤)، والمراد: أن مال الأب والابن واحد، فكأن الأب برجوعه في الهبة نقل ماله من مكان إلى مكان آخر؛ لأنه وهب كسبه لكسب غير معتاض عنه فجاز له الرجوع فيه كما لو وهب لعبده(٥).

٤-ولأن ما للولد فهو في يد والده؛ لجواز تصرفه فيه إذا كان صغيرًا وأخذ النفقة منه إذا كان كبيرًا، فصارت هبة له وإن خرجت عن يده في حكم ما وهبه وهو باقٍ في يده، فإذا جاز أن يرجع فيما

(١) أخرجه ابن ماجه، كتاب الهبات، باب من أعطى ولده ثم رجع فيه ٧٩٥/٢ برقم (٢٣٧٧)، وأخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب الرجوع في الهبة ٢٩١/٣ برقم (٣٥٣٩)، وأخرجه الترمذيّ، أبواب الولاء والهبة، باب ما جاء في كراهية الرجوع في الهبة ٤٤٢/٤ برقم (٢١٣٢) وقال: حديث حسن صحيح، وأخرجه النسائيّ، كتاب الهبة، ذكر الاختلاف على طاووس في الراجع في هبته ٢٦٨/٦ برقم (٣٧٠٤)، وأخرجه الحاكم في المستدرك، كتاب البيوع ٥٣/٢ برقم (٢٢٩٨) وقال: هذا حديث صحيح الإسناد فإني لا أعلم خلافًا في عدالة عمرو بن شعيب إنما اختلفوا في سماع أبيه من جده، وقال الدارقطنيّ في العلل ٤٤١/١٢: "يرويه عمرو بن شعيب، واختلف عنه؛ فرواه حسين المعلم، عن عمرو بن شعيب، عن طاووس، عن ابن عمر، وابن عباس. ورواه عامر الأحول، عن عمرو بن شعيب، عن أبيه، عن جده. ولعل الإسنادين محفوظان".

(٢) انظر: المغني لابن قدامة ٥٥/٦، وتحفة الأحوذي للمباركفوري ٢٧٧/٦.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٨٥/١٧. وقد سبق تخريج الحديث.

(٤) أخرجه أبو داود، كتاب البيوع، باب في الرجل يأكل من مال ولده ٢٨٨/٣ برقم (٣٥٢٨)، وأخرجه النسائيّ، كتاب البيوع، باب الحث على الكسب ٢٤١/٧ برقم (٤٤٥١) وصححه الحاكم في المستدرك في كتاب البيوع ٥٣/٢ برقم (٢٢٩٥)، وصححه ابن الملقن في البدر المنير ٣٠٨/٨،

(٥) انظر: الحاوي للماورديّ ٥٤٦/٧، وعون المعبود للعظيم آباداي مع حاشية ابن القيم ٣٢٤/٩ بتصرف.

وهبه لغيره إذا لم يقبضه لبقائه في يده جاز أن يرجع فيما وهبه لولده وإن أقبضه؛ لأنه في حكم الباقي في يده.

٥-ولأن الأب لفضل حُنوِّه تباين أحكامه أحكام غيره، فلا يعاديه ولا تقبل شهادته له، ويجوز أن يتصرف في يديه بالتزويج، وفي ماله بالعقود لفضل الحنو وانتفاء التهم، فجاز أن يخالف غيره في جواز الرجوع في الهبة؛ لأن انتفاء التهمة تدل على أن رجوعه فيها لشدة الحاجة منه إليها [١].

أدلة الحنفيّة ومن وافقهم:

١-ما جاء عن عمر بن الخطاب ﵁ أنه قال: "من وهب هبة لصلة رحم، أو على وجه صدقة، فإنه لا يرجع فيها، ومن وهب هبة يرى أنه إنما أراد بها الثواب، فهو على هبته يرجع فيها إذا لم يرضَ منها" [٢]، وجه الاستدلال: أن عمر فرَّق بين الهبات والصدقات فجعل الصدقات لا يرجع فيها وجعل الهبات على ضربين. فضرب منها صلة الأرحام فرد ذلك إلى حكم الصدقات ومنع الواهب من الرجوع فيها، وضرب منها خلاف ذلك فجعل للواهب أن يرجع فيه ما لم يرضَ منه وهي الهبة التي أراد بها الثواب فلها حكم البيع [٣].

يجاب عنه من وجهين:

أولًا-أن قول عمر لا يعارض قول النبيّ ﷺ، ولا يُحتج به معه.

ثانيًا-أن النبيّ ﷺ خصص هبة الولد من عموم النهي عن الرجوع في الهبة، ولا يمنع أن يُحمل الخاص الذي في الحديث على العام الذي استدلوا به [٤]، وهو أولى .

٢-ولأن المقصود من الهبة لذي رحم هو صلة الرحم وهو في معنى الهبة بعوض لا يجوز الرجوع فيه؛ لأن التواصل سبب التناصر والتعاون في الدنيا فيكون وسيلة إلى استيفاء النصرة وسبب الثواب

---

(١) الحاوي للماورديّ ٥٤٦/٧.

(٢) رواه مالك في الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في الهبة ١٠٩١/٤ برقم (٢٧٩٠)، وصححه البيهقيّ في معرفة السنن والآثار، كتاب الصلح، من قال: له الرجوع إذا أراد بها الثواب ٦٩/٩ برقم (١٢٣٨١).

(٣) انظر: شرح معاني الآثار للطحاويّ ٨١/٤.

(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٨٦/١٧.

في الدار الآخرة فكان أقوى من المال، فبحصول مقصود الهبة يمنع الرجوع فيها، ويتأكد ذلك في الابن؛ لأنه أقوى من القرابة المتأبدة بالمحرمية [١].

الجواب عنه: أن استدلالهم منقوض بالهبة للأجنبيّ إذا لم تكن للثواب–العوض–، فإنهم يجيزون الرجوع فيها مع حصول المقصود.

الراجح:

يترجح –والله أعلم–صحة الاستثناء بناءً على قول الجمهور، وهو جواز الرجوع في الهبة للولد بشرط بقاء الهبة في ملك الموهوب له على حالها؛ وذلك لقوة أدلتهم، ولأن الرجوع في هبة الولد قد يكون مقصودًا لغيره وهو تحقيق التسوية الواجبة عند عدم وجود الداعي للتخصيص، فيرجع الوالد في هبته ويمنع الجميع.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر في مجموع النصوص التي استدل بها الجمهور على جواز الرجوع في هبة الوالد لولده من دون غيره.

تتمة:

سبق أن ذكرنا أن الحنفيّة يرون أن الهبة عقد جائز يجوز الرجوع فيه عدا ما ذكرنا في هبة الأب، واستثنوا أيضًا مسائل عِدَّة يمنع الرجوع بالهبة فيها من قولهم السابق، وهو مجموعة في قولهم (دمع خزقة) وبيان ذلك إجمالًا:

الدال رمز للزيادة المتصلة في نفس العين، كأن يكون الموهوب دارًا، فبنى الموهوب له فيها بناءً، أو كان أرضًا فغرس فيها أشجارًا، أو طرأ سِمَنٌ وجَمَال، فلا يصح الرجوع؛ لأن الموهوب اختلط بغيره، والرجوع لا يمكن في غير الموهوب؛ لأنه ليس بموهوب، وبما أنه لا يمكن الرجوع في الأصل من دون الزيادة، فامتنع الرجوع أصلًا، والضابط في الزيادة عندهم أن تضيف للعين قيمة عند البيع، فما يضيف قيمة فهو زيادة تمنع الرجوع، وما لا فلا.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٤٩/١٢، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ١٣٢/٦–١٣٣، والبحر الرائق لابن نجيم٢٩٤/٧.

والميم لموت أحد الطرفين، فإذا مات الموهوب له امتنع الرجوع؛ لأن الملك انتقل إلى ورثته، فصار كما إذا انتقل في حياته. وكذا إذا مات الواهب؛ لأن الملك ينتقل إلى وارثه، وهو أجنبيّ، لم تحدث منه الهبة.

والعين للعوض: فإذا أخذ عليها العوض فلا رجوع؛ لأن التعويض دليل على أن مقصود الواهب هو الوصول إلى العوض، فإذا وصل فقد حصل مقصوده فيمنع الرجوع؛ لأنه لا رجوع في المعاوضات إلا بالتراضي أو القضاء، كما أنهم يجعلون الصدقة في معنى العوض يمنع الرجوع فيها لحصول الثواب الذي هو في معنى العوض بوعد الله تعالى، ويُستدل لهم بأثر عمر السابق.

والخاء لخروج الموهوب عن ملك الموهوب له كأن يبيعها أو يهبها؛ لأن تبدل الملك كتبدل العين فصار كعين أخرى فلا يرجع فيها.

والزاي للزوجية وهي في معنى العوض عندهم؛ لأن المقصود فيها الصلة أي الإحسان كما في القرابة.

والقاف للقرابة وهي أيضًا في معنى العوض عندهم، وُيستدل لهم أيضًا بأثر عمر السابق.

والهاء لهلاك العين الموهوبة فإذا هلكت فلا يمكن ارتجاعها ولا ارتجاع قيمتها؛ لأن الموهوب العين لا القيمة [١].

وقد سبق أن رجحت أن الهبة تلزم بالقبض ولا يجوز الرجوع فيها إلا فيما ذكرنا في هبة الأب لابنه؛ وبناء عليه فلا حاجة لاستثناءات الحنفيّة؛ لأنها داخلة ضمنًا على القول الراجح من غير حصر فيها.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٥٦/١٢-٦٤، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ١٢٨/٦-١٣٣، وتبيين الحقائق للزيلعيّ مع حاشية الشلبيّ ٩٧/٥-١٠٢، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٩١/٧-٢٩٤، وحاشية ابن عابدين ٦٩٩/٥-٧٠٤.

المطلب الخامس

استثناء ما تعذر علمه من عدم صحة هبة المجهول

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم هبة المجهول:

صورة المسألة: إذا قال الواهب للموهوب له: ما ورثتُ من مال والدي فهو لك وهو غير معلوم، أو كقوله: ما أخذتَ من مالي فهو لك، أو من وجد شيئًا من مالي فهو له، فهل تصح هذه الهبة أولا؟ خلاف على قولين:

القول الأول–ذهب المالكيّة إلى صحة هبة المجهول ووافقهم شيخ الإسلام ابن تيمية [1].

القول الثاني–ذهب جماهير العلماء من الحنفيّة والشافعيّة والحنابلة إلى عدم صحة هبة المجهول[2].

(١) انظر: الكافي لابن عبدالبر ١٠٠١/٢، وبداية المجتهد لابن رشد ١١٤/٤، والذخيرة للقرافيّ ٢٤٣/٦، ومواهب الجليل للحطاب ٥١/٦، ومجموع فتاوى ابن تيمية ٢٧٠/٣١. وقد سبقت ترجمة ابن تيمية.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٧٤/١٢، وحاشية ابن عابدين ٦٩٢/٥، والحاوي للماورديّ ٥٣٤/٧، وروضة الطالبين للنوويّ ٣٧٣/٥، وأسنى المطالب للسنيكيّ ٤٨١/٢، وإعانة الطالبين للبكري ١٦٨/٣، والمغني لابن قدامة ٤٧/٦، والمبدع لابن مفلح ١٩٥/٥، وكشاف القناع للبهوتيّ ٣٠٦/٤، وشرح منتهى الإرادات للبهوتيّ أيضًا ٤٣٤/٢. وقد ذكر ابن قدامة احتمالًا في المذهب فقال: "ويحتمل أن الجهل إذا كان في حق الواهب، مَنَع الصحة؛ لأنه غرر في حقه، وإن كان من الموهوب له، لم يمنعها؛ لأنه لا غرر في حقه، فلم يعتبر في حقه العلم بما يوهب له، كالموصى له" وهذا يمكن أن يكون قولًا ثالثًا في المسألة لو أن ذلك كان قولًا منسوبًا، وإنما ذكره ابن قدامة احتمالًا، فإن قيل به، فهو أقوى من القول بالمنع مطلقًا.

أدلة القول الأول:

١-القياس على الوصية، وبيان ذلك: أن أهل العلم أجمعوا على أن من أوصى بجزء من ماله، الثلث فما دونه، وهو لا يعرف مبلغه من الوزن والقدر، أنه جائز ماضٍ، فيقاس عليها الهبة بجامع أن كلًّا منهما من عقود التبرع (١).

٢-أن النبيّ ﷺ لما جاءه وفد هوازن (٢) فقالوا له: يا محمد، إنا أصل وعشيرة، وقد نزل بنا من البلاء ما لا يخفى عليك، فامنُن علينا مَنَّ الله عليك، فقال: «اختاروا من أموالكم أو من نسائكم وأبنائكم»، فقالوا: قد خيرتنا بين أحسابنا وأموالنا بل نختار نساءنا وأبناءنا، فقال رسول الله ﷺ: «أما ما كان لي ولبني عبد المطلب فهو لكم،... الحديث» (٣)، وجه الاستدلال: أن النبيّ ﷺ أعطاهم ما كان له ولبني عبد المطلب، ولم يقف على مقداره، وهو دليل على صحة هبة المجهول(٤).

٣-ما جاء عن أبي هريرة ﷺ: أن رسول الله ﷺ قال: «لا يقتسم ورثتي دينارًا ولا درهمًا، ما تركت بعد نفقة نسائي ومؤونة عاملي فهو صدقة» (٥)، وجه الاستدلال: أن النبيّ ﷺ تصدق بشيء لا تعلم حقيقته؛ لأن نفقة النساء تزيد وتنقص، وكذلك مؤونة العامل قد تكثر في عام، وتقل في آخر؛ فدل ذلك على جواز هبة المجهول (٦).

---

(١) انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد ٤١٢/٢.

(٢) قبيلة مشهورة وكانوا في حنين وهو واد وراء عرفة دون الطائف وقيل بينه وبين مكة ليال، وغزوة هوازن تسمى غزوة حنين وكانت الغنائم فيها من السبي والأموال أكثر من أن تحصى. انظر: عون المعبود للعظيم آبادي ٢٥٥/٧.

(٣) أخرجه أبو داود، كتاب الجهاد، باب في فداء الأسير بالمال ٦٣/٣ برقم (٢٦٩٤)، والنسائيّ في كتاب الهبة، هبة المشاع ٢٦٢/٦ برقم (٣٦٨٨) وحسنه الألبانيّ في تعليقه على السنن، وللحديث أصل في البخاريّ وهو قوله ﷺ في نفس القصة: «أَحَبُّ الحديث إليَّ أصدقه، فاختاروا إحدى الطائفتين، إما السبي وإما المال» من كتاب فرض الخُمُس، باب ومن الدليل على أن الخُمُس لنوائب المسلمين ٨٩/٤ برقم (٣١٣١).

(٤) انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد ٤١٣/٢.

(٥) أخرجه البخاريّ، كتاب الوصايا، باب نفقة القيِّم للوقف ١٢/٤ برقم (٢٧٧٦)، وأخرجه مسلم، كتاب الجهاد والسير، باب قول النبيّ ﷺ: «لا نورث ما تركنا فهو صدقة» ١٣٨٢/٣ برقم (١٧٦٠).

(٦) انظر: المقدمات الممهدات لابن رشد ٤١٣/٢.

٤-ما جاء عن جابر بن عبد الله ﷺ، قال: كان رسول الله ﷺ قال لي: «لو قد جاءنا مال البحرين قد أعطيتك هكذا وهكذا وهكذا»، فلما قُبض رسول الله ﷺ وجاء مال البحرين، قال أبو بكر: من كانت له عند رسول الله ﷺ عدة فليأتني، فأتيته فقلت: إن رسول الله ﷺ قد كان قال لي: "لو قد جاءنا مال البحرين لأعطيتك هكذا وهكذا وهكذا،" فقال لي: احثه، فحثوت حثية فقال لي: عدها، فعددتها فإذا هي خمس مئة، فأعطاني ألفًا وخمس مئة [1]، وجه الاستدلال: أن هبة النبيّ ﷺ لجابر كانت مجهولة، وهو دليل على صحة هبة المجهول.

٥-أن النبيّ ﷺ لما فتح خيبرًا جمع السبي، فجاءه دحية الكلبيّ [2] ﷺ، فقال: يا نبيّ الله، أعطني جارية من السبي، قال: «اذهب فخذ جارية»، فأخذ صفية بنت حيي [3]، فجاء رجل إلى النبيّ ﷺ فقال: يا نبيّ الله، أعطيتَ دحيةَ صفية بنت حيي، سيدة قريظة والنضير، لا تصلح إلا لك، قال: «ادعوه بها»، فجاء بها، فلما نظر إليها النبيّ ﷺ قال: «خذ جارية من السبي غيرها»، قال: فأعتقها النبيّ ﷺ وتزوجها [4]، وجه الاستدلال: أن النبيّ ﷺ قال لدحية: «اذهب فخذ جارية» وهي هبة مجهولة.

نوقش: أن النبيّ ﷺ استرجعها وحاشاه أن يعود في هبته إلا كونها لم تتم بالجهالة [5].

---

(١) أخرجه البخاريّ، كتاب الجزية، باب ما أقطع النبيّ ﷺ من البحرين، وما وعد من مال البحرين والجزية، ولمن يقسم الفيء والجزية ٩٨/٤ برقم (٣١٦٤)، وأخرجه مسلم، كتاب الفضائل، باب ما سئل رسول الله ﷺ شيئًا قط فقال لا وكثرة عطائه ١٨٠٦/٤ برقم (٢٣١٤).

(٢) هو دحية بن خليفة بن فروة الكلبيّ، كان من كبار الصحابة، شهد أحدًا وما بعدها من المشاهد وبقي إلى خلافة معاوية، وهو الذي بعثه رسول الله ﷺ إلى قيصر رسولًا في الهدنة، وذلك في سنة ست من الهجرة، وكان يُضرب به المثل في حسن الصورة، وكان رسول الله ﷺ يشبهه بجبريل ﵇، توفي سنة ٤٥هـ. انظر: الاستيعاب لابن عبد البر ٤٦١/٢، والإصابة لابن حجر ٣٢١/٢.

(٣) هي صفية بنت حيي بن أخطب، من الخزرج: من أزواج النبيّ ﷺ، كانت في الجاهلية من ذوات الشرف، تدين باليهودية، وهي من ذرية هارون بن عمران أخي موسى ﵇، قُتِل زوجها كنانة ابن الربيع النضريّ يوم خيبر وأسلمت، فتزوجها رسول الله ﷺ، توفيت في زمن معاوية سنة خمسين. انظر: الاستيعاب لابن عبد البر ١٨٧١/٤، والإصابة لابن حجر ٢١٠/٨.

(٤) أخرجه البخاريّ، كتاب الصلاة، صحيح البخاريّ، باب ما يذكر في الفخذ قال أبو عبد الله ٨٣/١ برقم (٣٧١)، وأخرجه مسلم، كتاب النكاح، باب فضيلة إعتاقه أمته ثم يتزوجها ١٠٤٣/٢ برقم (١٣٦٥).

(٥) المحلى لابن حزم ٥٧/٨.

يجاب عنه من وجهين:

أولًا–يُحتمل أن يكون دحية رد الجارية برضاه وأذن له النبيّ ﷺ في غيرها.

ثانيًا–أن النبيّ ﷺ إنما أذن له في جارية له من حشو السبي لا أفضلهن، فلما رأى أنه أخذ أنفَسَهن وأجودهن نسبًا وشرفًا في قومها وجمالًا استرجعها؛ لأنه لم يأذن فيها، ورأى في إبقائها لدحية مفسدة لتميزه بمثلها على بقية الجيش؛ ولما فيه من انتهاكها مع مرتبتها وكونها بنت سيدهم؛ ولما يُخاف من استعلائها على دحية بسبب مرتبتها وربما ترتب على ذلك شقاق أو غيره، فكان أخذه ﷺ إياها لنفسه قاطعًا لكل هذه المفاسد المتخوفة ومع هذا فعوض دحية عنها [١].

أدلة القول الثاني:

١–لأن الواهب إذا كان لا يعرف مقدار ما وهب كان ذلك غررًا في حقه، والغرر باطل، والقاعدة: "أن كل ما لا يصح بيعه لا تصح هبته"، والمجهول لا يصح بيعه، فكذلك هبته.

٢–ولأن الهبة من عقود التمليك، والجهالة في عقود التمليك مؤثرة؛ لأنها تفضي إلى المنازعة [٢].

يناقش: بأن النهي عن الغرر ورد في البيوع، ولم يرد النهي عنه في التبرعات؛ وذلك لأن التصرفات نوعان:

منها ما هو معاوضة صِرْفة، يقصد منه تنمية المال واستثماره، فهذا إذا ما فات شيء منه بالغرر والجهالة ضاع المبذول في مقابلته، فاقتضت حكمة الشرع منع الجهالة فيه.

ومنها ما هو إحسان محض، لا يقصد منه تنمية المال كالصدقة، والهبة، والإبراء، فهذا إذا ما فات منه شيء على الموهوب لا يقع عليه ضرر؛ لأنه لم يبذل شيئًا في مقابل الحصول عليه، فاقتضت حكمة الشرع التوسعة فيه بكل طريق بالمعلوم والمجهول، فإن ذلك سبب لكثرة وقوعه، وفي المنع من ذلك وسيلة إلى تقليله [٣].

---

(١) انظر: شرح النوويّ على مسلم ٢٢٠/٩، وفتح الباري لابن حجر ٤٧٠/٧.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٧٤/١٢، وحاشية ابن عابدين ٦٩٢/٥، والحاوي للماورديّ ٥٣٤/٧، وأسنى المطالب للسنيكيّ ٤٨١/٢، والمغني لابن قدامة ٤٧/٦.

(٣) الذخيرة للقرافيّ ٢٤٤/٦، وانظر: مجموع فتاوى ابن تيمية ٢٧٠/٣١.

الراجح:

يظهر –والله أعلم–أن القول بصحة هبة المجهول أقوى من القول بعدم الصحة؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة المخالفين بما لا يدع فيها مستمسكًا، ولأن الهبة من عقود التبرعات التي لا يشترط لها ما يشترط لغيرها من العقود.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما تعذر علمه:

يرد الاستثناء على القول الثاني في المسألة السابقة؛ إذ ذهب الحنابلة إلى استثناء ما يُتعذر علمه من المجهول فأجازوا هبته كما لو اختلط مال اثنين على وجه لا يتميز، فوهب أَحدهما لرفيقه نصيبه منه، فيصح [1]، وأجاز ذلك بعض الشافعيّة في بعض صوره كما إذا لم يعلم الورثة مقدار ما لكل منهم من الإرث، كما لو خَلَّف ولدين، أحدهما خنثى، وكاختلاط الثمار والحجارة المدفونة في البيع [2]، ودليلهم على ذلك: القياس على الصلح بمجهول فكما يصح الصلح على المجهول فكذلك الهبة بالمجهول بجامع الحاجة في كلٍّ، ولأنه أدعى لقطع النزاع بينهما –كما في المثال–ولئلا يفضي إلى ضياع المال، أو بقاء شَغْل الذمة [3].

الراجح:

سبق أن رجحت صحة بيع المجهول؛ وبناء عليه يدخل الاستثناء ضمنًا ولا يقتصر الأمر على هذه الحالة بل يجوز فيما عداها للأدلة السابقة.

سبب الاستثناء:

القياس: وهو ظاهر في قياسهم هبة المجهول على الصلح على مجهول بجامع الحاجة في كلٍّ.

---

(١) انظر: المبدع لابن مفلح ١٩٥/٥، والإنصاف للمرداويّ ١٣٢/٧، والإقناع للحجاويّ ٣٣/٣، والروض المربع مع حاشية ابن قاسم ٦/٦.

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطيّ ٤٧٠/١.

(٣) حاشية الروض لابن قاسم ١٤٠/٥.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "الحاجة تُنزَّل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "المشقة تجلب التيسير"، فالحاجة العامة التي تتعلق بأغلب الناس، وكذلك التي تختص بفئة تُنزَّل منزلة الضرورة فتعطى حكمها من حيث إباحة المحظور وإن كانت الحاجة في مرتبة دون مرتبة الضرورة تيسيرًا على العباد وتسهيلًا لشؤون معاشهم، ومن ذلك المال المختلط بين اثنين على وجه لا يتميز، فلو لم نقل بجواز هبة المجهول في هذه الحالة لشق ذلك على صاحبي المال؛ لأن المال سيبقى معلقًا وتُشغل به ذمتيهما، وربما آل الأمر إلى النزاع بينهما، ولهذه الحاجة جازت هبة المجهول (١).

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطيّ ١/٨٨، وشرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ص٢٠٩.

المبحث الخامس

المستثنيات في باب الوصايا

وفيه أربعة مطالب:

المطلب الأول–استثناء حال موت الموصى له بعد موت الموصِي وقبل قبوله أو رده، والوصية لغير معين من افتقار الوصية إلى قبول الموصى له.

المطلب الثاني–استثناء الحربيّ والمرتد من صحة الوصية لمن يصح تمليكه.

المطلب الثالث–استثناء الموصَى له بالمنفعة في صحة بيع العين له من عدم صحة بيع العين الموصَى بنفعها.

المطلب الرابع–استثناء حالة موت الموصِي من جواز عزل الوصي لنفسه.

المطلب الأول

استثناء حال موت الموصى له بعد موت الموصِي وقبل قبوله أو رده، والوصية لغير معين من افتقار الوصية إلى قبول الموصَى له [1]

الفرع الأول-اعتبار قبول الموصَى له في الوصية:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول-اتفقت المذاهب الأربعة على أن الوصية تفتقر إلى قبول الموصَى له ولا يتم عقد الوصية إلا به، على خلاف بينهم في وقت ابتداء العقد [2].

---

(١) الوصية في اللغة: الواو والصاد والحرف المعتل: أصل يدل على وصل شيء بشيء، ووصيت الشيء: وصلته، والوصية من هذا القياس، وسميت بذلك لأن الميت لما أوصى بها وصل ما كان فيه من أيام حياته بما بعده من أيام مماته. انظر: مقاييس اللغة لابن فارس ١١٦/٦ مادة (وصى)، والمطلع على ألفاظ المقنع للبعليّ ٣٥٦/١. وفي اصطلاح الفقهاء عرفها الحنفيّة: بأنها تمليك مضاف لما بعد الموت بطريق التبرع سواء كانت ذلك في الأعيان أو في المنافع. البحر الرائق لابن نجيم ٤٥٩/٨، وعرفها المالكيّة بأنها: عقد يوجب حقًا في ثلث عاقده يلزم بموته، أو نيابة عنه بعده. شرح حدود ابن عرفة للرصاع ٥٢٨/١، وعرفها الشافعيّة بأنها: تبرع بحق مضاف ولو تقديرًا لما بعد الموت، وليس التبرع بتدبير ولا تعليق عتق وإن التحقا بها حكما كالتبرع المنجز في مرض الموت، أو الملحق به. مغني المحتاج للشربينيّ ٦٦/٤، وعرفها الحنابلة بأنها: الأمر بالتصرف بعد الموت. كشاف القناع للبهوتيّ ٣٣٥/٤.وهي متقاربة فيما بينها إلا أن أدقها وأخصرها تعريف الحنابلة؛ لأنه يشمل الوصية بالتمليك وغيره كالوصية بقضاء الديون والواجبات.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٤٧/٢٨، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ٣٣٢/٧، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ١٨٤/٦، وبداية المجتهد لابن رشد ١٢١/٤، والتاج والإكليل لابن المواق ٥١٧/٨، وشرح الخرشيّ ١٦٩/٨، وحاشية الدسوقيّ ٤٢٤/٤، ومنح الجليل لمحمد عليش ٥٠٧/٩، والأم للشافعيّ ١٠٢/٤، والمهذب للشيرازيّ ٣٤٤/٢، وروضة الطالبين للنوويّ ١٤٢/٦، وتحفة المحتاج لابن حجر الهيتميّ ٣٧/٧، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٣٩/١٧.

القول الثاني–ذهب زُفَر من الحنفيّة والحنابلة في وجه إلى أن الوصية تنعقد بالإيجاب من الموصي فقط، أما القبول فهو شرط في لزوم الوصية وثبوت ملك الموصى به [1].

أدلة القول الأول:

١–قوله تعالى: ﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾ [2]، فظاهره أن لا يكون للإنسان شيء من دون سعيه، فلو ثبت الملك للموصى له من غير قبول لثبت من غير سعيه، وهذا منفي إلا ما خُصَّ بدليل كالميراث [3].

٢–ولأن الوصية تمليك مال لمن هو من أهل الملك فاعتبر قوله كالبيع [4].

٣–ولأن القول بثبوت الملك له من غير قبوله يؤدي إلى الإضرار به من وجهين:

أحدهما–أنه يلحقه ضرر المنة؛ ولهذا توقف ثبوت الملك للموهوب له على قبوله دفعا لضرر المنة.

والثاني–أن الموصى به قد يكون شيئًا يتضرر به الموصى له، كالعبد الأعمى والزَمِن، والمقعد، وغيرهم ممن تلحقه نفقتهم من غير أن يكون له نفع منهم، فلو لزمه الملك من غير قبوله للحقه الضرر من غير التزامه [5].

نوقش: أن ترتب الضرر على الوصية أمر لا يُراعى في التشريع؛ لأنه خلاف العادة، والعادة في الوصية أن تكون المنفعة للموصى له.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٤٧/٢٨، والإنصاف للمرداويّ مع المقنع والشرح الكبير ٢٣٩/١٧، والقواعد لابن رجب ص٩٦، وقد حكى هذا القول بعض الشافعيّة عن الشافعيّ ورده أكثر المتقدمين ومنعوا أن يكون هذا قولًا للشافعيّ. الحاوي للماورديّ ٢٥٣/٨.

(٢) سورة النجم: الآية ٣٩.

(٣) بدائع الصنائع للكاسانيّ ٣٣٢/٧.

(٤) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٣٩/١٧.

(٥) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٣٣٢/٧، والأم للشافعيّ ١٠٢/٤.

أدلة القول الثاني:

١–لأن الملك بالوصية بمنزلة الملك بالإرث على معنى أنه عقب الموت، ثم الإرث لا يرتد برد الوارث فكذلك الوصية؛ وهذا لأن الملك هاهنا يثبت بطريق الخلافة، وهو أن الموصى له صار خلفًا عن الموصي في ملك الموصى به كالوارث في التركة (١).

نوقش: أن هذا قياس مع الفارق؛ لأن الملك في الإرث متلقى من الشارع فلهذا يدخل الملك في الميراث جبرًا من دون اختيار؛ لأن الشارع له ولاية الإلزام، أما الملك في الوصية فهو متلقى من الموصي وهو لا يملك إلزام الموصى له، فكان لا بد من قبوله، كما أن الوصية إثبات ملك جديد؛ ولهذا لا يرد الموصى له بالعيب، ولا يُرَد عليه بالعيب، ولا يملك أحد إثبات الملك لغيره من دون اختياره بخلاف الميراث؛ لأنه خلافة فتثبت فيه هذه الأحكام جبرًا من الشرع من غير قبول (٢).

٢–أن الموصى له إذا مات بعد موت الموصي وقبل قبوله أو رده، فإن الوصية تنتقل إلى ورثة الموصى له من دون قبول؛ فدل على أن الملك في الوصية لا يتوقف على القبول (٣).

نوقش: بأن هذه المسألة قد وقع فيها خلاف بين العلماء، وما كان متنازعًا في صحته لم يكن صالحًا للاحتجاج (٤).

الراجح:

الخلاف في المسألة قوي وتتجاذبه أدلة الأقوال، لكن بالنظر إلى الأصول العامة للشريعة يترجح لدي القول الأول؛ لأن الأصل ألا يدخل في ملك المكلف شيءٌ إلا بإذنه؛ لأن فيه دفعًا للضرر المحتمل بالإيصاء له بما ضرره أكثر من نفعه.

---

(١) المبسوط للسرخسيّ ٤٧/٢٨.

(٢) المبسوط للسرخسيّ ٤٧/٢٨، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ١٨٤/٦، والحاوي للماورديّ ٢٥٣/٨.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعيّ ٢١٠/٦.

(٤) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ١٨٤/٦، والمغني لابن قدامة ١٥٥/٦. وسيأتي الكلام عن هذه المسألة بالتفصيل في الفرع الثاني من هذا المطلب.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء حال موت الموصى له بعد موت الموصِي وقبل قبوله أو رده، والوصية لغير معين:

أولًا–التحقيق في استثناء حال موت الموصى له بعد موت الموصِي وقبل قبوله أو رده:

صورة المسألة: أن يصدر الإيجاب من الموصي ثم يموت وهو على إيجابه ثم يموت الموصى له قبل الرد والقبول، فهل يقوم وارثه مقامه في القبول والرد؟ خلاف على ثلاثة أقوال:

القول الأول–ذهب المالكيّة والشافعيّة وهو المذهب عند الحنابلة أن حق القبول أو الرد ينتقل إلى وارث الموصى له (١).

القول الثاني–ذهب الحنفيّة والمالكيّة في قول وهو وجه عند الحنابلة وهو انتقال الوصية إلى الوارث من دون الحاجة إلى القبول، ويكون هذا استثناءً من قولهم في المسألة السابقة (٢).

القول الثالث–ذهب الحنابلة في قول أن الوصية تبطل بموت الموصى له وحُكِي عن بعض المالكيّة والشافعيّة (٣).

أدلة القول الأول:

١–ما جاء عن أبي هريرة ﷺ أن النبيّ ﷺ قال: «من ترك مالًا فلورثته» (٤)،

---

(١) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد ٢٩٩/١٣، والذخيرة للقرافيّ ١٥٢/٧، وحاشية الدسوقيّ ٤٢٤/٤، وروضة الطالبين للنوويّ ١٤٣/٦، وتكملة المجموع للمطيعي ٤٣٠/١٥، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٤٥/١٧.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٣٣٢/٧، وفتح القدير لابن الهمام ٥٠٧/١٠، والبيان والتحصيل لابن رشد ٢٩٩/١٣، والذخيرة للقرافيّ ١٥٢/٧، والإنصاف للمرداويّ مع المقنع والشرح الكبير ٢٤٧/١٧.

(٣) انظر: البيان والتحصيل لابن رشد ٢٩٩/١٣، والذخيرة للقرافيّ ١٥٢/٧، والحاوي للماورديّ ٢٥٨/٨، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٤٥/١٧، وشرح الزركشيّ ٣٧٠/٤.

(٤) سبق تخريجه.

قال في فيض القدير: "يعني حقًا، فذكر المال غالبيّ؛ إذ الحقوق تورث كالمال" (١)، ومن ذلك حق قبول الوصية أو ردها.

٢-أن الوصية عقد لازم من أحد الطرفين فلا يبطل بموت من له الخيار كعقد الرهن والبيع إذا شرط فيه الخيار لأحدهما (٢).

نوقش: بأن شرط الخيار لم يثبت لصاحبه إلا بعد صدور القبول، فكذلك التملك في عقد الوصية لا يثبت قبل صدور القبول.

٣-ولأن كل سبب استحق به تملك عين بغير اختيار مالكها، لم يبطل بموته قبل تملكها كالرد بالعيب.

٤-أن كل مال يستحق من التركة لا يسقط بالموت كالدين (٣).

٥-ولأنه خيار ثابت في تملك المال فقام الوارث مقامه كخيار الشفعة (٤).

أدلة القول الثاني:

١-أن الاستحسان يقتضي أن يدخل الموصى به في ملك الموصى له إذا مات بعد موت الموصي وقبل القبول أو الرد، ووجه الاستحسان: أن الوصية عن جانب الموصي قد تمت بموته تمامًا، لا يلحقه الفسخ من جهته وإنما يتوقف لحق الموصى له لأن الخيار له، فإذا مات بطل خياره ودخل في ملكه، كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري أو البائع، ثم مات من له الخيار قبل الإجازة(٥).

٢-ولأن القبول هو عبارة عن عدم الرد، فمتى وقع اليأس عن رد الموصى له عُدَّ قابلًا حكمًا.

---

(١) ٤٨/٣، وانظر: المنثور للزركشيّ ٥٥/٢.
(٢) انظر: الوسيط للغزاليّ ١٠٥/٣، والمجموع للنوويّ ٢٠٦/٩.
(٣) انظر: الحاوي للماورديّ ٢٥٨/٨.
(٤) المهذب للشيرازيّ ٣٤٥/٢، والمغني لابن قدامة ١٥٥/٦.
(٥) انظر: غمز عيون البصائر للحمويّ ٤٦٢/٣.

نوقش: بأن الموصى له في حياته كان له القبول والرد، فإذا مات قام ورثته مقامه؛ لأنه حق ثبت للموروث فثبت للوارث بعد موته لعموم قوله ﷺ: «من ترك مالًا فلورثته»، وهي عامة في كل الحقوق [١].

أدلة القول الثالث:

١-لأنه خيار لا يعتاض عنه، فبطل بالموت، كخيار المجلس والشرط وخيار الأخذ بالشفعة، وهو قياس المذهب؛ لأنه لا أحد يقدر على إثبات الملك لأحد من دون اختياره، فصار كموت المشتري قبل القبول بعد إيجاب البائع وكموت الموهوب له قبل القبول بعد إيجاب الواهب [٢].

٢-ولأن الوصية عطية بعد الموت، وقد صادفت المعطى ميتًا فلم تصح، كما لو وهب لميت؛ لأنه ليس بأهل للملك، أشبه البهيمة [٣].

نوقش: بأن الوارث يقوم مقام الموصى له في القبول والرد؛ لأن كل حق مات عنه المستحق فلم يبطل بالموت، قام الوارث فيه مقامه [٤]، كما يُرد عليه بأدلة القول الأول.

الراجح:

الخلاف في هذه المسألة قويّ كأصلها، ولكنني أميل إلى القول الأول؛ لقوة أدلتهم لا سيما عموم قول النبيّ ﷺ: «من ترك مالًا فلورثته» مع عدم المخصص لدى المخالفين؛ وبناء عليه فإن الاستثناء غير صحيح؛ لأن القبول ينتقل إلى ورثة الموصى له ولا تستثنى هذه المسألة من افتقار الوصية إلى القبول كما رجحت في المسألة السابقة.

---

(١) انظر: المغني لابن قدامة ١٥٥/٦.

(٢) انظر: غمز عيون البصائر للحمويّ ٤٦٢/٣، والمغني لابن قدامة ١٥٥/٦.

(٣) انظر: شرح الزركشيّ ٣٧٠/٤.

(٤) المغني لابن قدامة ١٥٥/٦.

سبب الاستثناء:

الاستحسان، وبيانه: أن القبول عندهم هو عبارة عن عدم الرد، فمتى وقع اليأس عن رد الموصى له عُدَّ قابلًا حكمًا وهذا التوجيه استحسان منهم؛ لأن الوصية عن جانب الموصي قد تمت بموته تمامًا، لا يلحقه الفسخ من جهته وإنما يتوقف لحق الموصى له؛ لأن الخيار له، فإذا مات بطل خياره ودخل في ملكه، كما في البيع المشروط فيه الخيار للمشتري أو البائع، ثم مات من له الخيار قبل الإجازة.

ثانيًا–التحقيق في استثناء الوصية لغير معين:

إن كانت الوصية لغير معين كالفقراء والمساكين والأرامل فذهب الأئمة الأربعة أنه لا يشترط منهم القبول، وتلزم الوصية بمجرد موت الموصي–ولم أقف على مخالف لهم؛ لأن القبول من جميعهم متعذر فسقط اعتباره، كالوقف عليهم، ولا يتعين واحد منهم فيكتفى بقبوله [(١)].

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أن اشتراط القبول في الموصى له غير المعين فيه مشقة بالغة على الموصي لتعذر ذلك، فاقتضت المصلحة التيسير في هذا الجانب مراعاة لحال الموصى لأجل تحقيق الوصية والتي غالبًا يكون القصد فيها التقرب إلى الله.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٥٧/١٧، ويشترط الحنفيّة في غير المعين أن يجمعهم وصف ينبئ عن حاجة كالفقراء والمساكين وعلة الجواز عندهم أن مقصوده التقرب به إلى الله تعالى، فأما إذا لم يكن كذلك كالوصية لبني تميم فلا يجوز؛ لأنها وصية للمجهول، وقولهم هذا كقولهم في الوقف الذي سبق ذكره. وانظر: الذخيرة للقرافيّ ٦٨٤/٥٥، وروضة الطالبين للنوويّ ١٤٢/٦، وتكملة المجموع للمطيعي ٤٢٩/١٥ ويشترط الشافعيّة إعطاء ثلاثة فصاعدًا؛ لأنه أقل الجمع، وهو كقولهم في الوقف على جهة لا تنحصر. وانظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٣٩/١٧، وكشاف القناع للبهوتيّ ٣٤٤/٤.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة الكبرى: "المشقة تجلب التيسير"، قال العلماء: يتخرج على هذه القاعدة جميع رخص الشرع وتخفيفاته [١]. وقد سبقت الإشارة إلى هذه المشقة في سبب الاستثناء.

(١) الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/٦٤، والأشباه والنظائر للسيوطيّ ١/٧٧.

المطلب الثاني

استثناء الحربيّ والمرتد من صحة الوصية لمن يصح تمليكه

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم الوصية لمن يصح تمليكه:

اتفقت المذاهب الأربعة على اشتراط أن يكون الموصى له ممن يصح تمليكه شرعًا، فيجوز وصية المسلم للكافر والكافر للمسلم (١)، ودليلهم على ذلك:

١–قوله تعالى: ﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾ (٢)، وسبب نزول هذه الآية أن أسماء بنت أبي بكر رضي الله عنهما قالت: أتتني أمي راغبة في عهد النبيّ ﷺ، فسألت النبيّ ﷺ: آصلها؟ قال: «نعم»، فأنزل الله تعالى فيها هذه الآية (٣)، ففيها دلالة على جواز إعطاء الكفار قسطًا من المال على وجه الصلة سواء أكان هبة أم وصية (٤).

٢–عموم قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَى أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا﴾ (٥)، قال القرطبي: "يريد الإحسان في الحياة، والوصية عند الموت... فالمشرك ولي في النسب لا في الدين، فيوصى له بوصية" (٦).

---

(١) انظر: الهداية للمرغيانيّ ٥١٤/٤، ومواهب الجليل للحطاب ٣٦٥/٦، والفواكه الدواني للنفراويّ ١٣٣/٢، وحاشية الدسوقيّ ٤٢٣/٤، ومنح الجليل لمحمد عليش ٥٠٥/٩، وروضة الطالبين للنوويّ ٩٩/٦، وتكملة المجموع للمطيعي ٤٢٠/١٥، ومغني المحتاج للشربينيّ ٦٨/٤، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٨٠/١٧، وشرح منتهى الإرادات للبهوتيّ ٤٦٣/٢، وحاشية ابن قاسم على الروض المربع ٥٦/٦.

(٢) سورة الممتحنة: الآية ٨.

(٣) أخرجه البخاريّ، كتاب الأدب، باب صلة الوالد المشرك ٤/٨ برقم (٥٩٧٨)

(٤) انظر: تفسير القرطبيّ ٥٩/١٨، وفتح القدير للشوكانيّ ٢٥٥/٥.

(٥) سورة الأحزاب: الآية ٦.

(٦) تفسير القرطبيّ ١٢٦/١٤. وقد سبقت ترجمة القرطبيّ.

٣-ما جاء عن ابن عمر ﵄، قال: رأى عمر حُلَّة على رجل تباع، فقال للنبيّ ﷺ: ابتع هذه الحُلَّة تلبسها يوم الجمعة، وإذا جاءك الوفد؟ فقال: «إنما يلبس هذا من لا خلاق له في الآخرة»، فأُتي رسول الله ﷺ منها بحلل، فأرسل إلى عمر منها بحُلَّة، فقال عمر: كيف ألبسها وقد قلت فيها ما قلت؟ قال: «إني لم أَكْسُكَهَا لتلبسها، تبيعها، أو تكسوها»، فأرسل بها عمر إلى أخ له من أهل مكة قبل أن يسلم [1]، ففيه دليل على جواز هبة المسلم للكافر وأن البر والصلة والإحسان لا يستلزم التحابب والتوادد المنهيّ عنه، فإذا جازت الهبة فالوصية مثلها بجامع البر في كلٍّ [2].

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء الحربيّ والمرتد:

أولًا-التحقيق في استثناء الحربيّ:

ذهب الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة في وجه إلى استثناء الحربيّ من قولهم في المسألة السابقة فقالوا: لا تصح الوصية للحربيّ، وقصر الحنفيّة المنع في الحربيّ حال كونه في دار الحرب أما الحربيّ المستأمن فيجوز، وجاء المنع عن بعض الحنابلة فيما إذا اتصف الحربيّ بالقتال والمظاهرة فقط[3]، ومحل الخلاف هنا فيما إذا أوصى له بغير سلاح، ودليلهم على ذلك:

(١) أخرجه البخاريّ، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب الهدية للمشركين ١٦٤/٣ برقم (٢٦١٩). ومثل ذلك ما جاء عن صفية زوج النبيّ ﷺ أنها قالت لأخ لها يهودي: «أسلم ترثني»، فسمع بذلك قومه فقالوا: أتبيع دينك بالدنيا، فأبى أن يسلم، فأوصت له بالثلث. أخرجه البيهقيّ في الكبرى، كتاب الوصايا، باب الوصية للكفار ٤٥٩/٦ برقم (١٢٦٥٠) وقال عنه ابن الملقن في البدر المنير: إسناده جيد. ٢٨٦/٧.

(٢) انظر: العناية للبابرتي ٤٢٦/١٠، وفتح الباري لابن حجر ٢٣٣/٥، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٨١/١٧.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٣٤١/٧، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ١٨٤/٦، وحاشية الدسوقيّ ٤٢٦/٤، وتكملة المجموع للمطيعي ٤١٦/١٥، والإنصاف للمرداويّ مع المقنع والشرح الكبير ٢٨٢/١٧. ودار الحرب: هي البلاد التي ليس للمسلمين عليها ولاية وسلطان، ولا تقام فيها أكثر شعائر الإسلام. والحربيّ: هو من بيننا وبين بلاده عداوة وحرب. والمستأمن: من دخل دار الإسلام بأمان مؤقت لمدة معلومة. انظر: حاشية ابن عابدين ١٦٦/٤، وشرح حدود ابن عرفة للرصاع ١٤٥/١، وأحكام أهل الذمة لابن القيم ٨٧٤/٢، والمبدع لابن مفلح ٢٨٦/٣، وكشاف القناع للبهوتيّ ٤٣/٣، ومعجم لغة الفقهاء لقلعجي وقنيبي ٩٥/١.

١–قوله تعالى: ﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ أَوْ إِخْوَانَهُمْ أَوْ عَشِيرَتَهُمْ﴾ (١)، والوصية للحربيّ هي نوع من المودة التي نهى الله عنها (٢).

٢–قوله تعالى: ﴿إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَى إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوْهُمْ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾ (٣)؛ فدلت الآية على عدم جواز بر من يقاتل المسلمين وهي مخصصة لعموم قوله تعالى: ﴿إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَى أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا﴾ وما جاء من الآثار عن الصحابة فإنه محمول على أن الذين برّوهم لم يكونوا محاربين (٤).

نوقش استدلالهم: بأن الآية ليس فيها النهي عن بر المشركين، بل فيها النهي عن تولي المحاربين، وليست الوصية من الموالاة، وإلا لما جازت للذميّ وهو من جملة الكفار الذين تجب البراءة منهم، وعدم موالاتهم (٥)، ولا يصح حمل آثار الصحابة على أن من برّوهم غير محاربين؛ لأن هبة عمر لأخيه المشرك كانت قبل الفتح وهي دار حرب؛ لأن مكة بعد الفتح لم يبقَ فيها مشرك (٦).

٣–ولأن في دفع الوصية إليهم تقوية لهم على حربنا وإضرارًا بالمسلمين.

الراجح:

أرى والله أعلم ترجيح ما جاء عن بعض الحنابلة وهو المنع فيما إذا اتصف الحربيّ بالقتال والمظاهرة فقط، ويكون ذلك مستثنى من القول بجواز الوصية لكل من يصح تمليكه؛ لأن الذين منعوا من الوصية للحربيّ حملهم على ذلك الخوف من أن يكون في الوصية إعانة له على الحرب، وهذا متحقق في حال الحربيّ المتصف بالقتال والمظاهرة فقط من دون غيره، وهذا فيه جمع بين

(١) سورة المجادلة: الآية ٢٢.
(٢) انظر: فتح القدير للشوكانيّ ١٩٣/٥.
(٣) سورة الممتحنة: الآية ٩.
(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٨١/١٧، وفتح القدير للشوكانيّ ٢٥٤/٥.
(٥) تفسير الرازيّ ٥٢١/٢٩.
(٦) انظر: التمهيد لابن عبد البر ٢٦٢/١٤.

الأقوال وعليه يحمل ما جاء عن عمر في هبته لأخيه أن أخاه لم يكن من المحاربين المتصفين بالقتال والمظاهرة؛ لأن أخا عمر كان في دار حرب؛ فدل ذلك على جواز الهبة والوصية للحربيّ.

سبب الاستثناء:

النص: وهي الأدلة التي استدلوا بها على عدم جواز الوصية للحربيّ المتصف بالقتال والمظاهرة والتي تنهى عن تولى المحاربين.

ثانيًا-التحقيق في استثناء المرتد:

ذهب الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة في قول وهو وجه عند الحنابلة وهو عدم صحة الوصية للمرتد، ويكون هذا استثناءً من قولهم السابق بصحة الوصية لمن يصح تمليكه [١]، ودليلهم على ذلك:

١-لأن المرتد أسقط الشرع حرمة نفسه ودمه وتصرفاته من باب أولى [٢].

٢-ولأن ملكه غير مستقر، ولا يرث ولا يورث فهو كالميت.

٣-ولأنه ملكه يزول عن ماله بردته، فلا يثبت له الملك بالوصية [٣].

٤-ولأن المرتد مأمور بقتله فلا معنى للوصية له [٤].

الراجح:

سبق أن رجحت صحة الوصية للحربيّ الذي لم يتصف بالقتال والمظاهرة، وقد سبق أن الوصية للكافر والذميّ صحيحة باتفاق المذاهب الأربعة، ومثل ذلك المرتد فإن ردته ليست مانعة من

(١) انظر: الهداية للمرغيانيّ ٥٣٧/٤، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٠٥/٦، والفتاوى الهندية ٩٢/٦، والذخيرة للقرافيّ ١٠/٧، والفواكه الدواني للنفراويّ ١٣٣/٢، وحاشية الدسوقيّ ٤٢٧/٤، ومنح الجليل لمحمد عليش ٥٠٥/٩، والحاوي للماورديّ ١٩٣/٨، وروضة الطالبين للنوويّ ١٠٧/٦، ومغني المحتاج للشربينيّ ٧٢/٤، والمغني لابن قدامة ٢١٨/٦، والمبدع لابن مفلح ٢٥١/٥، وشرح منتهى الإرادات للبهوتيّ ٤٦٣/٢.

(٢) انظر: الذخيرة للقرافيّ ١٠/٧.

(٣) المغني لابن قدامة ٢١٨/٦.

(٤) انظر المجموع للنوويّ ٣٢٦/١٥ و٤١٥/١٥.

الوصية له بدليل ما ذكرنا سابقًا من جواز الوصية للكافر والحربيّ، ويجاب عن أدلتهم هنا بمثل ما أجبنا هناك؛ وبناء عليه فإن الاستثناء ليس بصحيح.

سبب الاستثناء:

القياس، وبيان ذلك: أنهم قاسوا المرتد على الميت بجامع عدم استقرار الملك في كلٍّ.

المطلب الثالث

استثناء الموصَى له بالمنفعة في صحة بيع العين له من عدم صحة بيع العين الموصَى بنفعها

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع العين الموصَى بنفعها:

تحرير محل النزاع:

اتفق العلماء على صحة بيع العين الموصى بنفعها إذا كانت الوصية بالمنفعة مؤقتة، واختلفوا فيما إذا كانت الوصية بالمنفعة مؤبدة على قولين:

القول الأول–ذهب أبو يوسف من الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة في وجه وهو المذهب عند الحنابلة إلى صحة بيع العين الموصى بنفعها إذا كانت الوصية بالمنفعة مؤبدة، وينتقل الملك إلى المشتري الجديد مع بقاء حق الموصى له في المنفعة ويقوم المشتري مقام البائع فيما له وعليه (١).

القول الثاني–ذهب أبو حنيفة والشافعيّة في وجه والحنابلة في قول إلى عدم صحة بيع العين الموصى بنفعها إذا كانت الوصية بالمنفعة مؤبدة (٢).

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٨٢/٢٧، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ٣٥٣/٧، والاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصليّ ٧١/٥، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٠٣/٦، وفتح القدير لابن الهمام ٤٨٦/١٠، والذخيرة للقرافيّ ١٣٠/٧ و١٦١/٧، وحاشية الدسوقيّ ٤٣٠/٤ و٤٥٣/٤، والحاوي للماورديّ ٢٢٣/٨، وروضة الطالبين للنوويّ ١٨٩/٦، والإنصاف للمرداويّ مع المقنع والشرح الكبير ٣٦٥/١٧. وقد سبقت ترجمة أبو يوسف.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٨٢/٢٧، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ٣٥٣/٧، والحاوي لللماورديّ ٢٢٣/٨، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٦٧/١٧.

أدلة القول الأول:

١–قياس الوصية بالمنافع على العين المستأجرة، فإن للمؤجر أن يبيع العين، وللمستأجر أن يؤجر العين المستأجره، فكذلك هنا [١].

٢–ولأن ملك العين الموصى بمنفعتها ينتقل إلى الورثة بعد وفاة الموصي من دون توقف على رضا الموصى له بالمنفعة؛ لأن حقه لا يتأثر بهذا الانتقال، فكذلك انتقال ملكها من الورثة إلى غيرهم بالبيع لا يتوقف على رضاه، لعدم تأثر حقه بهذا الانتقال [٢].

٣–ولأن الامتناع كان لحق الغير به، وحق الغير هاهنا متعلق بالثلث لا بالثلثين؛ لأن الوصية تعلقت بالثلث لا غير، فخلا الثلثان عن تعلق حق الغير بهما، فكان للورثة ولاية البيع [٣].

دليل القول الثاني:

١–لأن العين مسلوبة المنفعة، ولا يصح بيع ما لا نفع فيه كالحشرات والميتات [٤].

نوقش: بأنه قياس مع الفارق، فلا نسلم أن العين مسلوبة المنفعة هنا، بل فيها منفعة مشروطة للموصى له، والأصل في الشروط الصحة والجواز ما لم يدل دليل على المنع، وقد يكون المشتري قصد نفع الورثة بطريق لا يحصل فيه مِنَّة، أو قد يرجو الكمال بحصول منافعها له من جهة الموصي إما بهبة أو مصالحة بمال [٥].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٠٣/٦.

(٢) انظر: روضة الطالبين للنوويّ ١٨٩/٦–١٩٠. وهذا بناءً على قول من يقول: إن الوصية تنعقد بالإيجاب من الموصي فقط وهو قول زفر من الحنفيّة ووجه عند الحنابلة ويُحكى عن الشافعيّ، وقد سبق الكلام عن هذه المسألة في المطلب الأول من هذا المبحث.

(٣) بدائع الصنائع للكاسانيّ ٣٥٣/٧.

(٤) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٦٧/١٧.

(٥) انظر: كشاف القناع للبهوتيّ ٣٧٤/٤.

الراجح:

يترجح -والله أعلم-القول الأول؛ لأن الأصل في الشروط الصحة واللزوم ما لم يدل دليل على المنع، ولأن التصرف صادر عن مالك، ومن ملك شيئًا ملَكَ التصرف فيه، ولأن الموصى له لا يتضرر ببيع العين الموصى بمنفعتها؛ لأنه حقه من الانتفاع محفوظ له.

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء مالك نفعها:

يرد الاستثناء على القول الثاني في المسألة السابقة، فذهب الشافعيّة في الأصح والحنابلة في قول إلى صحة بيع العين الموصى بنفعها إذا كان المشتري هو الموصى له بالمنفعة وتبطل الوصية بمتقضى ملكه الرقبة (١)، ودليلهم على ذلك: أن مالك المنفعة يجتمع له الرقبة والمنفعة فينتفع بذلك، بخلاف غيره؛ ولذلك جاز بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة من دون غيره، وكذلك بيع الزرع لصاحب الأرض (٢).

نوقش: أن القياس على بيع الثمرة قبل بدو صلاحها لصاحب الشجرة من دون غيره، وبيع الزرع لصاحب الأرض قياس مع الفارق؛ لأن الزروع قبل اشتداد حبها والثمار قبل بدو صلاحها عرضة للجوائح ومظنة للهلاك أكثر من غيرها؛ ولذلك يحتاط فيها لمصلحة المشتري الذي قد يدرك حاجته أو لا؛ ولذلك جاز البيع لهما ولغيرهما بعد الصلاح واشتداد الحب، أما في مسألتنا فإن المشتري يعلم يقينًا أن المنفعة مشروطة للموصى له فلا جهالة في عاقبة المنفعة.

الراجح:

سبق أن رجحت في المسألة السابقة صحة بيع العين الموصى بنفعها، سواء أكان المشتري هو الموصى له أم لا؛ لأن ذلك من باب الشروط والأصل فيها الصحة كما سبق، وقصر الجواز على ما إذا كان المشتري هو الموصى له تحكم لا دليل عليه.

---

(١) انظر: الحاوي للماورديّ ٢٢٣/٨، وروضة الطالبين للنوويّ ١٨٩/٦، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٦٧/١٧.

(٢) المغني لابن قدامة ١٨٤/٦.

سبب الاستثناء:

القياس، وبيانه: أنهم قاسوا بيع العين الموصى بها لمالك نفعها على بيع الثمر قبل بدو صلاحه لصاحب الشجر وبيع الزرع قبل اشتداد حبه لصاحب الأرض بجامع اجتماع الرقبة والمنفعة في كلٍّ.

المطلب الرابع

استثناء حالة موت الموصِي من جواز عزل الوصي لنفسه [١]

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم عزل الوصي لنفسه:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول–ذهب الأئمة الأربعة إلى جواز عزل الوصي لنفسه [٢]، وهو قول أهل العلم عامَّة، واشترط الحنفيّة أن يكون ذلك بعلم الموصِي ليتمكن من الإيصاء إلى غيره إن شاء، وقيده الشافعيّة فيما إذا لم يتعين عليه بحيث لم يوجد غيره، أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم [٣].

القول الثاني–ذهب بعض المالكيّة إلى أن الوصي إذا قَبِلَ فليس له عزل نفسه إلا لعذر، وهو رواية عند الحنابلة لكن لم يُصرَّح فيها باستثناء العذر [٤].

---

(١) والمراد بالوصي هنا هو الموصَى له بالتصرف وليس بالمال، كقضاء الديون واقتضائها، وتفريق الوصية، والولاية على القُصَّر من أولاد الموصِي وحفظ أموالهم، وهي تكون بعد موت الموصي، أما إذا كانت في حياته فهي وكالة، وقد سبق الإشارة إلى ذلك عند تعريف الوصية. انظر: حاشية ابن عابدين ٤٧٩/٤.

(٢) يعبر بعض المصنفين بلفظ العزل وبعضهم يعبر بلفظ الرجوع بحجة أن العزل فرع عن الولاية، ولا ولاية قبل موت الموصِي، والتعبير بالرجوع يشمل قبل الموت وبعده، وعلى كل حال فهو خلاف اصطلاحيّ لا مشاحة فيه ولا تترتب عليه ثمرة؛ ولذلك أغلب المصنفين يعبرون بلفظ العزل. انظر: مغني المحتاج للشربينيّ ١٢٣/٤.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٠٦/٦، والبحر الرائق لابن نجيم ٥٢٠/٨، والأشباه والنظائر لابن نجيم أيضًا ٢٩٠/١، وحاشية ابن عابدين ٧٠٠/٦، والذخيرة للقرافيّ ١٦٨/٧، ومواهب الجليل للحطاب ٤٠٣/٦–٤٠٤، وشرح الخرشيّ ١٩٤/٨، والبهجة شرح التحفة للتسولي ٥٠٥/٢، وروضة الطالبين للنوويّ ٣٢٠/٦، والأشباه والنظائر للسيوطيّ ص١٥٥، والمغني لابن قدامة ٢٤٧/٦، وقواعد ابن رجب ص١١٠، والإنصاف للمرداويّ مع المقنع والشرح الكبير ٤٨٠/١٧، ومطالب أولي النهى للرحيبانيّ ٥٣٤/٤.

(٤) انظر: الذخيرة للقرافيّ ١٦٨/٧، وحاشية الدسوقيّ ٤٥٥/٤–٤٥٦، وقواعد ابن رجب ص١١٠، والإنصاف للمرداويّ مع المقنع والشرح الكبير ٤٨١/١٧.

أدلة القول الأول:

١–القياس على الوكيل؛ إذْ يجوز له عزل نفسه متى شاء، وذلك أن الوصي متصرف بناء على التولية والتفويض والإذن، فأشبه بذلك الوكيل (١).

٢–ولأن الوصاية عقد غير لازم من الطرفين؛ ولذا كان للموصِي عزل وصيه ولو بغير موجب، فكذلك للوصي عزل نفسه (٢).

دليل القول الثاني:

أن الوصي بقبوله الوصاية صار كمن وهب بعض منافعه، فلا يجوز له الرجوع، كما لا يجوز للواهب (٣).

نوقش من وجهين:

أولًا–أنه مبني على أن الهبة تلزم بالقبول وهو مذهب المالكيّة، ولا يسلم لهم بذلك، وقد سبق ذكر الأقوال في المسألة وترجيح لزوم الهبة بالقبض؛ وبناء عليه فيكون عزل الوصي لنفسه من باب الرجوع في الهبة قبل قبضها وهو جائز على الراجح.

ثانيًا–أن قولهم ينتقض بالوكالة؛ إذ الوكيل قد وهب منافع نفسه، ومع ذلك له عزل نفسه (٤).

---

(١) انظر: مغني المحتاج للشربينيّ ٤/١٢٢، والمغنى لابن قدامة ٦/٢٤٨.

(٢) انظر: شرح الخرشيّ ٨/١٩٤، وحاشية الدسوقيّ ٤/٤٥٥.

(٣) انظر: الذخيرة للقرافيّ ٧/١٦٨، وحاشية الدسوقيّ ٤/٤٥٥–٤٥٦.

(٤) وهذا مشكل على مذهب المالكيّة في لزوم الهبة بالقبول؛ لذلك بيَّن بعضهم الفرق بين المسألتين وهو: أن الوكالة هبة لمنافع نفسه، وهبة منافع نفسه لو لزمته لأدى ذلك إلى المشقة، فكان له الرجوع لذلك، ولا كذلك منافع الدابة والدار والعبد وغيرها من الأموال، والوصي كذلك تلحقه المشقة في لزوم عقد الوصاية كما تلحق الوكيل؛ لأنها هبة منافع النفس فيكون مثله في الحكم. انظر: عدة البروق للونشريسيّ ص٥٣١.

الراجح:

يترجح –والله أعلم–القول الأول؛ لقوة أدلتهم، ولأن عقد الوصاية فيه جهالة وذلك من حيث تفصيل الأعمال التي يقوم بها الوصي، ولا يكون مؤقتًا غالبًا، واللزوم لا يجتمع مع الجهالة وعدم التأقيت، ولأن قبول الوصاية إحسان، والإلزام بالاستمرار فيها يزهد في قبولها (١)، مع التأكيد على القيد الذي وضعه الشافعيّة؛ لأن قاعدة الشريعة أن الضرر لا يزال بمثله.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء حالة موت الموصِي:

يرد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة، فذهب الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة في وجه ورواية عند الحنابلة إلى استثناء عزل الوصي لنفسه إذا كان ذلك بعد موت الموصِي فليس له عزل نفسه هاهنا (٢)، ودليلهم على ذلك: أن المقصود توفير المنفعة على الموصي ودفع الضرر عنه، وبعد ما قبل الوصي لو جاز له الرد بعد الموت تضرر به الموصِى؛ لأنه ترك النظر والإيصاء إلى الغير اعتمادًا على قبوله ويصير هذا الوصي بالقبول كالغار له والغرور حرام والضرر مدفوع (٣).

الراجح:

سبق أن رجحت في المسألة السابقة جواز عزل الوصي لنفسه ما لم يكن هناك ضرر على الموصي، وهذا القيد ذكره الشافعيّة وهو لا يقتصر على ما كان بعد موت الموصِي، بل يشمل حتى في حياته إذا كان في عزل الوصي لنفسه ضرر كأن لا يوجد غيره أو يغلب على ظنه تلف المال باستيلاء ظالم؛ وبناء عليه فإن هذا الاستثناء داخل ضمنًا بناءً على مارجحنا ولا معنى لقصر الجواز على هذه الصورة.

---

(١) انظر: السيل الجرار للشوكانيّ ٩٢٩/١.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٢٣/٢٨، والبحر الرائق لابن نجيم ٥٢١/٨، وشرح الخرشيّ ١٩٤/٨، وحاشية الدسوقيّ ٤٥٦/٤، ومنح الجليل لمحمد عليش ٥٨٩/٩، والأشباه والنظائر للسيوطيّ ص١٥٥، والإنصاف للمرداويّ مع المقنع والشرح الكبير ٤٨١/١٧.

(٣) المبسوط للسرخسيّ ٢٣/٢٨.

سبب الاستثناء:

المصلحة: وهي ظاهرة في مراعاتهم مصلحة الموصي بالحفاظ على ماله وأولاده ومنع الوصي من عزل نفسه بعد موت الموصي.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "يُتحمل أدنى الضررين لدفع الضرر الأعلى" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار"؛ وذلك لأن منع الوصي من عزل نفسه بعد موت الموصي فيه ضرر عليه ولا شك، وهو أهون من الضرر الحاصل على الميت ببطلان وصيته وعجزه عن القيام بها، ولا يمكن دفع الضررين جميعًا، فكان لا بد من أن يتحمل أدنى الضررين لدفع الضرر الأعلى، والأعلى هنا ضرر الميت؛ لأن ضرره ليس بمجبور بشيء وضرر الوصي مجبور بالثواب [1].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٠٦/٦.

الفصل الثالث

المستثنيات الفقهيّة المتعلقة بالديون

وفيه ثلاثة مباحث:

المبحث الأول–المستثنيات في باب الرهن.

المبحث الثاني–المستثنيات في باب الضمان.

المبحث الثالث–المستثنيات في باب الحوالة.

المبحث الأول

المستثنيات في باب الرهن

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول–استثناء ما يرهنه الشريكان معًا لرجل واحد من عدم صحة رهن المشاع.

المطلب الثاني–استثناء ما كان على ثمن المبيع من جواز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه.

المطلب الثالث–استثناء تغير حال العدل من عدم جواز نقل الرهن عن يده.

المطلب الأول

استثناء ما يرهنه الشريكان معًا لرجل واحد من عدم صحة رهن المشاع [١]

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم رهن المشاع:

اختلف أهل العلم في صحة رهن المشاع على قولين:

القول الأول–ذهب جماهير العلماء من المالكيّة والشافعيّة والحنابلة إلى صحة رهن المشاع [٢]، وإليه ذهب ابن حزم [٣].

القول الثاني–ذهب الحنفيّة إلى عدم صحة رهن المشاع وهو قولٌ لبعض المالكيّة فيما إذا لم يأذن الشريك [٤].

---

(١) الرهن في اللغة: قال ابن فارس: الراء والهاء والنون أصل يدل على ثبات شيء يُمسَك بحق أو غيره. من ذلك الرهن. مقاييس اللغة ٤٥٢/٢ مادة (رهن). وفي اصطلاح الفقهاء: عرفه الحنفيّة بأنه: حبس شيء بحق يمكن استيفاؤه منه. تبيين الحقائق للزيلعيّ ٦٢/٦، وعرفه المالكيّة بأنه: مَالٌ قُبِضَ تَوَثُّقًا به في دين. شرح الخرشيّ على مختصر خليل ٢٣٦/٥، وعرفه الشافعيّة بأنه: جَعْلُ عينُ مالٍ وثيقةً بدينٍ يستوفى منها عند تعذر وفائه. مغني المحتاج للشربينيّ ٣٨/٣، وعرفه الحنابلة بأنه: المال الذي يجعل وثيقة بالدين ليستوفى من ثمنه إن تعذر استيفاؤه ممن هو عليه. المغني لابن قدامة ٢٤٥/٤. وهذه التعريفات متقاربة في بيان ماهية الرهن، والاختلاف إنما في الجزئيات والشروط لا يتسع المجال لبحثها.

والمشاع: هو ما كان بين الشركاء غير متميز، ولا مقسوم من عين، أو منفعة، أو حق. انظر: المبسوط للسرخسيّ ٦٥/١٢، وشرح حدود ابن عرفة للرصاع ٣٧٣/١، وتكملة المجموع للمطيعي ١٨١/٢٠، والمبدع لابن مفلح ٦٢/٥.

(٢) انظر: الذخيرة للقرافيّ ٧٩/٨، وشرح الخرشيّ ٢٣٩/٥، وحاشية الدسوقيّ ٢٣٥/٣، والأم للشافعيّ ١٩٤/٣، وروضة الطالبين للنوويّ ٣٨/٤، ومغني المحتاج للشربينيّ ٤٦/٣، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٦٩/١٢، وكشاف القناع للبهوتيّ ٣٢٦/٣.

(٣) المحلى لابن حزم ٣٦٤/٦. وقد سبقت ترجمة ابن حزم.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٦٩/٢١، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٦٨/٦، والعناية للبابرتي ١٥٢/١٠، وحاشية ابن عابدين ٤٨٩/٦، والمنتقى للباجي ٢٤٩/٥.

أدلة القول الأول:

١-عموم قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ [(١)]، فهي تتناول كل رهن سواء أكان المرهون مقسومًا أم مشاعًا [(٢)]؛ لأنها نكرة في سياق الشرط فتفيد العموم كما لو جاءت في سياق النفي، وهو قول جمع من علماء الأصول، ولو كان مراد الله أحد هذين النوعين لخصه بالذكر [(٣)].

٢-ولأن كل عين جاز بيعها جاز رهنها؛ لأن مقصود الرهن الاستيثاق بالدين للتوصل إلى استيفائه من ثمن الرهن إن تعذر استيفاؤه من ذمة الراهن، وهذا يتحقق في كل عين جاز بيعها، ولأن ما كان محلًا للبيع كان محلًا لحكمة الرهن، ومحل الشيء محل حكمته، إلا أن يمنع مانع من ثبوته، أو يفوت شرط، فينتفي الحكم لانتفائه [(٤)].

٣-ولأنه لا يوجد دليل من كتاب، أو سنة، أو إجماع يمنع من رهن المشاع، والأصل الصحة حتى يثبت العكس.

أدلة القول الثاني:

١-قوله تعالى: ﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾؛ فدلت الآية على أن الرهن لا يكون إلا مقبوضًا، وذلك يستلزم الحبس الدائم للمرهون حتى الإبراء أو الوفاء؛ لأن المقصود من الرهن إنما هو التوثق لاستيفاء المرتهن دينه عند مطل الراهن أو إفلاسه، وبه يأمن المرتهن على ماله من الضياع، وهذا لا يحصل إلا بثبوت الحبس الدائم، ولا يتصور الحبس الدائم في المشاع؛ لأنه يبطل بالمهايأة، فينتفع المالك يومًا بحكم الملك، ويحفظه المرتهن يومًا بحكم الرهن، فكأنه رهنه يومًا، ويومًا لا، وإذا كان لا يمكن حبس المشاع دائمًا لم يصح رهن المشاع [(٥)].

---

(١) سورة البقرة: الآية ٢٨٣.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم ٣٦٤/٦.

(٣) انظر: شرح الكوكب المنير لابن النجار ١٤١/٣.

(٤) المغني لابن قدامة ٢٥٣/٤.

(٥) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٦٩/٢١، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ١٤٢/٦، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٧٥/٨.

نوقش هذا من وجوه:

أولًا–لا نسلم أن القبض شرط لصحة الرهن؛ لأن الله تعالى ذكر أعلى أنواع الاستيثاق، وهو القبض؛ لأنهم في حالة السفر، وعدم وجود الكاتب، وقد لا يحصل إلا ذلك؛ ولذلك قال تعالى قبل ذلك: ﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾ فإذا جاز الرهن في الحضر، ومع وجود الكاتب، جاز الرهن مقبوضًا وغير مقبوض [١]، ناهيك عن إمكانية القبض في المشاع؛ لأن قبض كل شيء بحسبه كما في قبض المشاع في البيع، والحنفيّة يجوزون بيع المشاع وجعلوا القبض فيه ممكنًا، ولم يطردوا ذلك في الرهن فاستحالوا القبض فيه، وهذا اضطراب وتفريق بين متماثلين [٢].

ثانيًا–لا نسلم أن موجب الرهن الحبس الدائم، بل موجبه ومقصوده استيفاء الدين من ثمنه عند تعذره من غيره، والمشاع قابل لذلك.

ثالثًا–أن ما ذكروه من اشتراط استدامة القبض منقوض بإجازة رهن القاتل والمرتد والمغصوب ورهن ملك الغير بغير إذنه، فإنها تصح عندهم وهي تمنع استدامة القبض [٣].

رابعًا–وأما قولهم: إن ذلك يقتضي أن يكون يومًا رهنًا، ويومًا غير رهن، فغير صحيح؛ لأنه رهن في جميع الأيام، وقبضه حكمًا مستدام؛ لأن الراهن لا يستطيع التصرف بالمرهون بما يضر المرتهن وهذا كافٍ في صيانة حق المرتهن، وخروجه في يوم المهايأة عن يده لا يزيل حكم قبضه عنه، وإن حصل في يد غيره، فصار كمن رهن شيئًا على أنه يكون في يد مرتهنه يومًا وعلى يد عدل يومًا لم يمنع ذلك من صحة الرهن [٤].

٢–القياس على النكاح، فإنه إذا أضيف النكاح إلى نصف المرأة كان باطلًا عند المجوزين لرهن المشاع فينبغي أن يقولوا بذلك في رهن المشاع؛ لأن كلًّا منهما قد وقع على غير معين.

نوقش: بأن هناك فرقًا بين مقصود النكاح ومقصود الرهن، فالمقصود من النكاح الحل، والشيوع ينافيه؛ لأنه لا يجوز أن تتزوج المرأة من رجلين، والمقصود من الرهن التوثيق، والشيوع لا ينافيه.

---

(١) انظر: أحكام القرآن لابن العربيّ ٣٤٤/١.

(٢) انظر: المحلى لابن حزم ٢٦٥/٦.

(٣) المغني لابن قدامة ٢٥٤/٤.

(٤) انظر: الحاوي ١٥/٦–١٦ بتصرف.

٣–أن حكم الرهن ثبوت يد الاستيفاء على ما تناوله العقد؛ لأنه وثيقة شرعت للاستيفاء، وهذا غير متصور في المشاع؛ لأن يد الاستيفاء لا تثبت إلا على معين، والمشاع غير معين [١].

ويناقش من وجهين:

أحدهما–أن ثبوت اليد على المرهون المشاع ممكن، كأن يرضى الشريك بوضعه في يد المرتهن، أو يضعه الحاكم عند التنازع في يد عدل [٢].

الثاني–أن القول بأن المشاع غير معين، وغير المعين لا يمكن قبضه غير مسلم؛ لأن المشاع معين في هذه الأرض المشتركة –مثلًا–وإن كان غير معين في جزء منها بعينه، ولو صح إطلاق عدم التعيين في المشاع للزم أن يكون كل واحد من الشريكين غير قابض للمشاع، ولو كانا غير قابضين له لكان مهملًا، لا يَدَ لأحد عليه، وهذا أمر يكذبه الدين والعيان، أما الدين فتصرفهما فيه تصرف ذي الملك في ملكه، وأما العيان فكونه عند كل واحد منهما مدة يتفقان فيها، أو عند من يتفق على كونه عنده [٣].

الراجح:

يترجح –والله أعلم–القول الأول؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة القول الثاني بما لا يدع فيها مستمسكًا؛ ولأن الأصل في المعاملات الحل ولا يحرم شيء منها إلا بدليل، ولا دليل على التحريم إلا تعليلات لا تقوى على مناهضة هذا الأصل.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما يرهنه الشريكان معًا لرجل واحد:

يرد الاستثناء على القول الثاني في المسألة السابقة، فاستثنى الحنفيّة صورة واحدة من المسألة السابقة يجوز فيها رهن المشاع وهي ما إذا رهن الشريكان معًا أرضًا –مثلًا–مشاعة بينهما لرجل واحد فتكون الأرض كلها رهنًا لكل الدين، وإذا قضى أحدهما دينه لم يكن له أن يأخذ نصيبه من الرهن؛ لأن كل واحد منهما رهن كل الأرض بما عليه من الدين لا نصفه، وإن كان المملوك

---

(١) انظر: البناية شرح الهداية للعينيّ ٤٩٤/١٢.

(٢) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٧٠/١٢.

(٣) انظر: المحلى لابن حزم ٣٦٥/٦.

منها لكل واحد منهما النصف؛ لأن الرهن حبس، وليس يمتنع أن تكون الأرض الواحدة محبوسة بكل الدين، فلم يكن هذا من قبيل رهن المشاع باعتبار عدد المستحقين (١).

يجاب عنهم: أن الحنفيّة وإن كانوا لا يدخلون هذه الصورة في مسألة رهن المشاع إلا أنها داخلة حقيقة؛ لأن كل واحد من الشريكين يملك نصف الأرض ملكًا مشاعًا، وتسليمها إلى المرتهن تسليمًا واحدًا لا يمنع الشيوع، فإذا أجازوا الرهن في هذه الصورة فإنه يلزمهم القول بجواز رهن المشاع إذ لا فرق؛ لأن ماعللوا به لإبطال رهن المشاع متحقق في هذه الصورة فكان لزامًا عليهم إبطالها؛ ولهذا يقول ابن حزم: "وأجازوا –أي الحنفيّة–أن يرهن اثنان أرضا مشاعة بينهما عند إنسان واحد، ومنعوا من أن يرهن المرء أرضه عند اثنين داينهما دينًا واحدًا في صفقة واحدة، وهذا تخليط ناهيك به، أول ذلك أنه قول لا نعلم أحدًا قاله قبلهم، والثاني: أنه قول بلا دليل، والثالث: أنهم تناقضوا فيه" (٢).

الراجح:

سبق أن رجحت في المسألة السابقة صحة رهن المشاع ويدخل في ذلك ضمنًا ما استثناه الحنفيّة هنا، لكن الجواز لا يقتصر على هذه الصورة فقط، فيصح رهن المشاع مطلقًا؛ وبناء عليه فلا حاجة لهذا الاستثناء.

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٦٩/٢١، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ١٣٨/٦–١٣٩، ومجمع الأنهر لشيخي زاده ٥٩٨/٢، وحاشية ابن عابدين ٤٨٩/٦.

(٢) المحلى ٣٦٤/٦.

المطلب الثاني

استثناء ما كان على ثمن المبيع من جواز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول–ذهب بعض الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة في قول والحنابلة إلى جواز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه وهو اختيار شيخ الإسلام ابن تيمية (١).

القول الثاني–ذهب الحنفيّة والشافعيّة في الأصح والحنابلة في قول إلى عدم جواز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه (٢).

أدلة القول الأول:

١–أن الرهن لا يتعلق به حق توفية، وإنما المقصود منه التوثيق، فأشبه عقود الإرفاق، وقد حصل برضا الطرفين، ولا ضرر فيه، بل فيه مصلحة لهما، والشارع لا يأتي بالمنع من مثل هذا.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٤٣/٦، والبناية للعينيّ ٤٧٩/١٢، والتاج والإكليل لابن المواق ٤٢٣/٦، ومواهب الجليل للحطاب ٤٨٣/٤، وحاشية الدسوقيّ ١٥٠/٣، والمهذب للشيرازيّ ٩٢/٢، وروضة الطالبين للنوويّ ٥٠٨/٣ و٤٠/٤، ونهاية المحتاج للرمليّ ٨٤/٤، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٧٥/١٢، وكشاف القناع للبهوتيّ ٣٢٧/٣، وقيّد الشافعيّة الجواز –على هذا القول–فيما إذا كان الرهن بعد نقد الثمن. وقد سبقت ترجمة ابن تيمية.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٧٣/٢١، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٧١/٦، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٧٨/٨، وروضة الطالبين للنوويّ ٥٠٨/٣ و٤٠/٤، ونهاية المحتاج للرمليّ ٨٤/٤، والإنصاف للمرداويّ مع المقنع والشرح الكبير ٣٧٥/١٢، واستثنى أبو حنيفة وأبو يوسف العقار فإنه يجوز رهنه قبل قبضه؛ لأنه لا يتسارع إليه الهلاك بخلاف المنقول.

٢–القياس على البيع ومنافع الإجارة، فكما يجوز بيع المبيع –غير المكيل والموزون–قبل قبضه ومثله المنافع في الإجارة فكذلك يجوز رهن المبيع قبل قبضه؛ بجامع الملك في كلٍّ (١).

٣–القياس على جواز العتق قبل القبض الثابت بالإجماع.

نوقش: أنه قياس مع الفارق؛ لأن الشارع يتشوف للعتق بخلاف غيره (٢).

٤–القياس على الشفعة حيث تثبت قبل القبض.

نوقش: أنه قياس مع الفارق؛ لأنها تثبت لضرورة حفظ الحق.

أجيب عليه: أنه فارق غير مؤثر (٣).

أدلة القول الثاني:

١–لأن المبيع مضمون بغيره وهو الثمن فإذا هلك ذهب بالثمن، فلا يجب على البائع شيء، والرهن لا يجوز إلا بالأعيان المضمونة بنفسها (٤).

٢–ولأن المبيع قبل القبض مضمون بالثمن، ولا يصح أن يكون الشيء الواحد مضمونًا بضمانين مختلفين لأنه محال (٥).

٣–ولأن من شرط العين المرهونة أن تكون مملوكة للراهن، والمبيع قبل القبض ليس كذلك (٦).

نوقش: أن قولهم مبنيّ على القول بعدم جواز بيع المبيع –غير المكيل والموزون–قبل قبضه، واستصحبوا النزاع في الرهن وقاسوه على البيع، وهو قياس مع الفارق؛ لأن البيع قُصِدَ فيه المعاوضة الصريحة، والرهن قُصِدَ به التوثيق فأمره أهون وأسهل، ولأن النبيّ ﷺ إنما نهى عن بيع

---

(١) انظر: كشاف القناع للبهوتيّ ٣٢٧/٤.

(٢) فتح الباري لابن حجر ٣٩٤/٤.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٣/١٠.

(٤) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٧١/٦، والبحر الرائق لابن نجيم ٢٧٨/٨.

(٥) انظر: حاشية ابن عابدين ٤٩٣/٦.

(٦) انظر: نهاية المحتاج للرمليّ ٨٤/٤.

المبيع قبل قبضه على غير بائعه لئلا يربح فيما لم يدخل في ضمانه، ولئلا يربح ربحًا يغار منه البائع ويحاول فسخ البيع، وهذه غير متحقق في الرهن (١).

الراجح: يترجح -والله أعلم-جواز رهن المبيع -غير المكيل والموزون-قبل قبضه؛ لأن عموم الأقيسة تدل على اضطراد ذلك في الشريعة، ومن ذلك إجماعهم على جواز التصرف في الثمن والصداق قبل القبض وكذا الزوج في بدل الخلع، وكذا رب الدين في الدين إذا ملكه غيره وسلطه على قبضه؛ فهذه كلها تدل على أن الأصل الجواز في التصرف ما لم يرد دليل على منعه، وهذا القول موافق للأصل العام في المعاملات وهو الإباحة (٢).

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء ما كان على ثمن المبيع:

يرد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة؛ إذ ذهب الحنابلة في وجه إلى عدم جواز رهن المبيع -غير المكيل والموزن-قبل قبضه إذا كان الرهن على ثمنه (٣)، ودليلهم على ذلك: أن البيع يقتضي تسليم المبيع أولًا والرهن يقتضي تسليم الثمن أولًا، ولأن البيع يقتضي إيفاء الثمن من غير المبيع والرهن يقتضي إيفاء الثمن منه، ولأن البيع يقتضي إمساك المبيع مضمونًا والرهن يقتضي عدم الضمان؛ وهذا يوجب تناقض الأحكام (٤).

نوقش: بأن الثمن صار دينًا في الذمة والمبيع صار ملكًا للمشتري فجاز رهنه بالثمن كغيره من الديون (٥).

الراجح:

يترجح -والله أعلم-عدم صحة الاستثناء؛ وبناء عليه يجوز رهن المبيع غير المكيل والموزون قبل قبضه على ثمنه وغيره.

---

(١) انظر: القواعد لابن رجب ص ٨٠.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٣/١٠، وفتح القدير لابن الهمام ٦/٥١٤-٥١٥.

(٣) مثاله: كمن باع كتابًا بعشرة دراهم لمدة ستة أشهر ورهن نفس الكتاب على ثمنه قبل أن يقبضه المشتري.

(٤) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٢/٣٧٤.

(٥) كشاف القناع للبهوتيّ ٣/٣٢٧.

المطلب الثالث

استثناء تغير حال العدل [١] من عدم جواز نقل الرهن عن يده

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم نقل الرهن عن يد العدل:

اتفق الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة والحنابلة –ولم أجد لهم مخالفًا–على عدم جواز نقل الرهن عن يد العدل الذي وضع عنده الرهن للحفظ والإمساك من دون البيع [٢] ما لم يتفق الراهن والمرتهن على ذلك [٣]، ودليلهم على ذلك: أنه تعلق به حقهما؛ لأن حق الراهن تعلق بالحفظ بيده وأمانته، وحق المرتهن في الاستيفاء، فلا يملك كل واحد منهما إبطال حق الآخر [٤].

---

(١) المراد بالعدل هنا من يجوز توكيله وهو الجائز التصرف –الحر البالغ الرشيد–سواء أكان مسلمًا أم كافرًا، عدلًا أم فاسقًا، ذكرًا أم أنثى، وهو من يثق به الراهن والمرتهن لحفظ الرهن، والعدل هنا يختلف عن العدل في الرواية والشهادة. انظر: كشاف القناع للبهوتيّ ٣٤٣/٣.

(٢) قد تشكل هذه المسألة بمسألة أخرى ليس هذا محل بحثها، وهي عزل العدل الموكَّل ببيع العين المرهونة، فهذه تختلف عن مسألتنا؛ لأن العدل قد يكون لحفظ الرهن فقط، وقد يكون لبيعه فقط، وقد يكون للحفظ والبيع جميعًا، ومسألتنا في العدل الذي يحفظ الرهن فقط وهي متفق عليها بين المذاهب الأربعة، بخلاف العدل الموكَّل بالبيع فإن الحنابلة والشافعيّة أجازوا للراهن عزل العدل، وفصّل الحنفيّة فيما إذا كان تسليط الوكيل على البيع كان في عقد الرهن فلا يجوز للراهن عزله، وإن كان متأخرًا عن العقد فللراهن عزله، هذا فيما يتعلق بالراهن، أما المرتهن فجماهير العلماء على أنه ليس له عزل العدل وأجاز الشافعيّة له ذلك في وجه. انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٥١/٦، وشرح الخرشيّ ٢٥٤/٥، وروضة الطالبين للنوويّ ٩٠/٤، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٤٦٢/١٢.

(٣) انظر: العناية للبابرتيّ ١٧٤/١٠، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٨١/٦، وتكملة الطوري للبحر الرائق ٢٩١/٨، والذخيرة للقرافيّ ٢٣/٥، والتاج والإكليل لابن المواق ٥٧١/٦، وشرح الخرشيّ ٢٥٤/٥، ومنح الجليل لمحمد عليش ٤٧٢/٥، وتكملة المجموع للمطيعي ٢٢٠/١٣، والمغني لابن قدامة ٢٦٤/٤، وكشاف القناع للبهوتيّ ٣٤٤/٣.

(٤) انظر: تكملة البحر الرائق للطوريّ ٢٩١/٨، وتكملة المجموع للمطيعي ٢٢٠/١٣.

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء تغير حال العدل:

ذهب الحنابلة إلى استثناء حالة واحدة من قولهم السابق وهي ما إذا تغير حال العدل بأن تضعف أمانته عن حفظ المرهون أو حدثت بينه وبين الراهن أو المرتهن عداوة، فأجازوا لأي واحد منهما-الراهن أو المرتهن-نقل الرهن عن يده [١]، ودليلهم على ذلك: أن حاجة الرهن للحفظ تقتضي اعتبار قدرة العدل على ذلك مراعاة لمصلحة الراهن والمرتهن، فإذا زالت هذه الصفة بأن تغير حال العدل فإن المصلحة تقتضي جواز نقل الرهن عنه [٢].

الراجح:

يترجح -والله أعلم-القول باستثناء تغير حال العدل؛ لأن في بقاء الرهن عنده إضرارًا بالراهن والمرتهن، وقد جاءت الشريعة بدفع الضرر قبل وقوعه، وهذا أصل متقرر في أبواب الفقه كافة.

سبب الاستثناء:

المصلحة، وهي ظاهرة باعتبار مصلحة الراهن والمرتهن في نقل الرهن عن العدل إذا تغير حاله، وهو من قبيل دفع الضرر قبل وقوعه.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار"، وهو ظاهر باعتبار الضرر المتوقع على الراهن والمرتهن بتغير حال العدل؛ لأن تغير حال العدل مظنة لهلاك الرهن بيده؛ فجاز للراهن أو المرتهن في هذه الحالة عزله ونقل الرهن عن يده [٣].

---

(١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٢/٤٤٩، وكشاف القناع للبهوتيّ ٣/٣٤٥.

(٢) انظر: كشاف القناع للبهوتيّ ٣/٣٤٥.

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ص١٦٥.

المبحث الثاني

المستثنيات في باب الضمان

وفيه سبعة مطالب:

المطلب الأول–استثناء حال تعذر مطالبة المضمون عنه من عدم جواز مطالبة صاحب الحق للضامن.

المطلب الثاني–استثناء الميت المعسر من صحة ضمان دين الميت.

المطلب الثالث–استثناء ما أتلفت البهيمة إذا كانت في يد إنسان من عدم الضمان فيما أتلفته.

المطلب الرابع–استثناء آنية الخمر المنتفع بها في غيره من عدم ضمان آنية الخمر إذا كسرت.

المطلب الخامس–استثناء ما إذا وثَّق المدين دينه برهن أو كفيل من جواز منع الغريم المدينَ من السفر.

المطلب السادس–استثناء حال التعدي والتفريط من عدم الضمان في الأمانات.

المطلب السابع–استثناء من عليه حد أو قصاص من صحة الكفالة بالبدن.

المطلب الأول

استثناء حال تعذر مطالبة المضمون عنه من عدم جواز مطالبة صاحب الحق للضامن [1]

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم مطالبة صاحب الحق للضامن:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول–ذهب الإمام مالك في المشهور عنه إلى أن صاحب الحق ليس له مطالبة الضامن وأن المطالبة تتوجه ابتداءً للمدين، وهو اختيار ابن القيم [2].

---

(١) الضمان في اللغة: قال ابن فارس: الضاد والميم والنون أصل صحيح، وهو جعل الشيء في شيء يحويه. من ذلك قولهم: ضمنت الشيء، إذا جعلته في وعائه. والكفالة تسمى ضمانًا من هذا؛ لأنه كأنه إذا ضمنه فقد استوعب ذمته. مقاييس اللغة ٣٧٢/٣ مادة (ضمن). وفي اصطلاح الفقهاء عرفه الحنفيّة بأنه: إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات وقيمته إن كان من القيميات. مجلة الأحكام العدلية ٨٠/١. وعرفه المالكيّة بأنه: شغل ذمة أخرى بالحق. حاشية الدسوقيّ ٣٣١/٣. وعرفه الشافعيّة بأنه: حق ثابت في ذمة الغير، أو إحضار من هو عليه، أو عين مضمونة. مغني المحتاج للشربينيّ ١٩٨/٣، وعرفه الحنابلة بأنه: ضم ذمة الضامن إلى ذمة المضمون عنه في التزام الحق. المغني لابن قدامة ٣٩٩/٤. فجمهور الفقهاء من المالكيّة والشافعيّة والحنابلة يطلقون لفظي الضمان والكفالة كلًّا منهما على الآخر ويرون أنهما مترادفان، ويدخل فيهما ضمان المال والنفس والطلب وذلك عند التزام المكلف بعقد الكفالة، ويستعملون الضمان لما هو أعم من ذلك سواء أكان بعقد الملتزم أم الضرر أم الاعتداء أم غيره، أما الحنفيّة فيطلقون الكفالة على ما كان فيه الضمان بموجب العقد، وتشمل كفالة المال والنفس والكفالة بالفعل، ويطلقون الضمان على ما هو أعم فيشمل الضمان بالعقد وغير العقد، فكل كفالة ضمان وليس كل ضمان كفالة، ومن الفقهاء من يرى تخصيص الضمان بالمال أما الكفالة فيراد بها الضمان بالنفس، وقد شاع هذا عند الشافعيّة والحنابلة. انظر: الضمان في الفقه الإسلاميّ لعليّ الخفيف ص٨–١٠، ونظريّة الضمان للزحيلي ص٢٢.

(٢) انظر: شرح الخرشيّ ٢٨/٦، وحاشية الدسوقيّ ٣٣٧/٣، ومنح الجليل لمحمد عليش ٢١٧/٦، وإعلام الموقعين لابن القيم ٣٠٩/٣. وقد سبقت ترجمة ابن القيم.

القول الثاني–ذهب جماهير العلماء من الحنفيّة والشافعيّة والحنابلة إلى أن صاحب الحق بالخيار إن شاء طالب الأصيل وإن شاء طالب الكفيل –الضامن–وله مطالبتهما معًا، وكان الإمام مالك يقول به ثم رجع عنه إلى القول الأول [١].

أدلة القول الأول:

١–أن الضامن فرع والمضمون عنه أصل، والقاعدة الشرعيّة تقتضي ألا يصار إلى الفرع مع وجود الأصل كالتراب في الطهارة، والصوم في كفارة اليمين، وشاهد الفرع مع شاهد الأصل، وقد اطرد هذا في ولاية النكاح واستحقاق الميراث، لا يلي فرع مع أصله ولا يرث معه.

٢–أن الضامن لم يوضع لتعدد محل الحق، بل وُضع ليحفظ صاحب الحق حقه من الهلاك وتكون مطالبة المضمون عنه هي الأصل، فلم ينصب الضامن نفسه لأن يطالبه المضمون له مع وجود الأصيل، وهذا أمر مستقر في فطر الناس ومعاملاتهم بحيث لو طالب الضامن والمضمون عنه إلى جانبه والدراهم في كمه وهو متمكن من مطالبته لاستقبحوا ذلك غاية الاستقباح [٢].

٣–أن الضمان توثقة وحفظ للحق فهي جارية مجرى الرهن، ومعلوم أن المرتهن لا يستوفي حقه من الرهن مع إمكانه استيفائه من الراهن، فكذلك الضمان لا يستوفي صاحب الحق من الضامن مع وجود المضمون عنه [٣].

نوقش: أن قياس الضمان على الرهن قياس مع الفارق؛ لأن الرهن مالُ من عليه الحق وليس بذي ذمة يُطالب، إنما يُطالب من عليه الدين ليقضي منه أو من غيره [٤].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاساني ٦/١٠–١١، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٤/١٥٣، والعناية للبابرتيّ ٧/١٨٢، وحاشية الدسوقيّ ٣/٣٣٧، وروضة الطالبين للنوويّ ٤/٢٦٤، ونهاية المحتاج للرمليّ ٤/٤٥٨، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٣/٨، وحاشية الروض المربع لابن قاسم ٥/١٠٠.

(٢) إعلام الموقعين لابن القيم ٣/٣٠٩–٣١٠.

(٣) انظر: منح الجليل لمحمد عليش ٦/٢١٧.

(٤) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٣/٨.

يجاب عنه: أن الرهن يكون في العين، أما الضمان فيكون الرهن في الذمة، وأقامها الشارع مقام رهن الأعيان؛ للحاجة إليها واستدعاء المصلحة لها [١].

أدلة القول الثاني:

١-ما جاء عن النبيّ ﷺ أن: «الزعيم غارم» [٢]، وجه الدلالة: أن الزعيم هو الضمين، وكونه غارمًا أي: ملزمًا نفسه ما ضمنه، والغرم أداء شيء يلزمه، فمن ضمن دينًا لزمه أداؤه، فيجوز لصاحب الحق مطالبة أيهما شاء؛ لثبوت الحق في ذمتيهما [٣].

نوقش: أن الحديث ليس فيه دلالة على حق اختيار المضمون له مطالبة الضامن أو المضمون عنه ولا عموم للحديث؛ لأن الضمين لا يكون غارمًا بكل الأحوال بدلالة ما لو أدى الأصيل ما عليه فإن الضمين لا يكون غارمًا؛ وهذا يؤكد أن الضمين فرع عن الأصيل ولا يصار إلى الفرع مع وجود الأصل [٤].

٢-ولأن الكفالة تُنبئ عن الضم وهو ضم ذمة إلى ذمة، والضم يقتضي التسوية بينهما في رجوع الدائن على من شاء منهما [٥].

نوقش: أنه لا يصح الاحتجاج بأن الضمان مشتق من الضم لوجهين:

أولًا-أن الضم من المضاعف، والضمان من الضمين، فمادتهما مختلفة ومعناهما مختلف وإن تشابها لفظًا ومعنى في بعض الأمور.

---

(١) إعلام الموقعين لابن القيم ٣/٣١٠.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) انظر: عون المعبود ٣٤٧/٩ بتصرف، وانظر أيضًا: نهاية المحتاج للرمليّ ٤٥٨/٤.

(٤) انظر: إعلام الموقين لابن القيم ٣١٠/٣.

(٥) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ١٥٣/٤، والعناية للبابرتيّ ١٨٢/٧.

ثانيًا–أنه لو كان مشتقًا من الضم فالضم قدر مشترك بين ضم يطالب معه استقلالًا وبدلًا، والأعم لا يستلزم الأخص، وإذا كان كذلك فإن هذا القدر المشترك يتحدد بأدلة أخرى كقاعدة: "لا يصار إلى البدل مع وجود الأصل" [١].

الراجح:

الخلاف في هذه المسألة قويّ، ولكنني أميل إلى ما ذهب إليه الإمام مالك وابن القيم؛ لقوة أدلتهم، وعمل المحاكم عندنا على قول الجمهور، والأمر في المحاكم منوط بالمصلحة، فقد يُحكم بقول مرجوح للمصلحة في تلك الواقعة، ولكنني هنا في صدد بيان الحكم الشرعيّ، وقد يختلف هذا الحكم في نظر المفتي والقاضي في كل واقعة بحسبها والله أعلم.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء حال تعذر مطالبة المضمون عنه:

يرد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة؛ إذ استثنوا حالة واحدة يجوز للدائن فيها مطالبة الضامن وهي ما إذا تعذر استيفاء الدين من الأصيل [٢]، ويُستدل لهم بأدلتهم السابقة نفسها؛ فجعلوا الأصيل هو المطالب ابتداءً فإذا تعذر الاستيفاء منه بأن كان غائبًا ولا مال له أو كان مماطلًا أو معسرًا فيحق للدائن مطالبة الضامن هنا، كحال المرتهن مع الرهن إذا تعذر استيفاء الدين من الراهن. وسبقت مناقشة هذا القول والجواب على أدلة المخالفين في اعتراضهم على قياس الضمان على الرهن.

الراجح:

يترجح والله أعلم–صحة الاستثناء؛ لأن قاعدة الشريعة أن الفروع والأبدال لا يصار إليها إلا عند تعذر الأصول كالتراب في الطهارة.

---

(١) انظر: إعلام الموقين لابن القيم ٣/٣١٠.

(٢) انظر: شرح الخرشيّ ٦/٢٨، وحاشية الدسوقيّ ٣/٣٣٧، ومنح الجليل لمحمد عليش ٦/٢١٧، وإعلام الموقعين لابن القيم ٣/٣٠٩.

سبب الاستثناء:

المصلحة: وهي مصلحة حفظ حقوق الناس، وهي الحكمة التي شُرِع من أجلها الضمان؛ لأن البائع والمشتري قد لا يتوفر معهما الثمن أو المثمن، وقد لا يطمئن البائع إلى المشتري فيحتاج إلى من يكفله بالثمن، أو لا يطمئن المشتري إلى البائع فيحتاج إلى من يكفله في المبيع، ولو منعنا الدائن من الرجوع على الضامن ومطالبته في حال تعذر الاستيفاء من المدين فإن مصالح الناس تتعطل، وتضيع أموالهم في أيدي المماطلين، وحسبك بهذا مفسدة.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "إذا تعذر الأصل يُصار إلى البدل" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "المشقة تجلب التيسير"؛ لأن في تسويغنا للدائن مطالبة الضامن إذا تعذر الاستيفاء من المدين تيسيرًا عليه من مشقة ملاحقة المدين ومماطلته [١].

(١) انظر: القواعد للمقريّ ٢/٤٦٩، والوجيز للبورنو ١/٢٤٦.

المطلب الثاني

استثناء الميت المعسر من صحة ضمان دين الميت

وفيه فرعان:

الفرع الأول-حكم ضمان دين الميت:

اتفقت المذاهب الأربعة على جواز ضمان دين الميت [1]، ودليلهم على ذلك:

١-ما جاء عن النبيّ ﷺ أنه أُتِيَ بجنازة ليُصلِّي عليها، فقال: «هل عليه من دين؟»، قالوا: لا، فصلى عليه، ثم أُتِيَ بجنازةٍ أخرى، فقال: «هل عليه من دين؟»، قالوا: نعم، قال: «صلوا على صاحبكم»، قال أبو قتادة [2]: عليّ دينه يا رسول الله، فصلى عليه [3]. وجه الدلالة: أن النبيّ ﷺ أقر أبا قتادة في ضمانه دين الميت؛ ولذلك صلى عليه.

٢-ولعموم قول النبيّ ﷺ: «الزعيم غارم» [4]، وجه الاستدلال: أن من ضَمِنَ دينًا لزمه أداؤه سواء أكان المضمون عنه حيًّا أم ميتًا.

٣-ولأن الدين وجب في حياته، والموت لا ينافي بقاء الدين؛ لأنه مال حكميّ، ولم يوجد المسقط وهو الأداء أو الإبراء أو انفساخ سبب وجوبه، ولم يتحقق بالموت شيء من ذلك [5].

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٦/٦، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ١٥٩/٤، وفتح القدير لابن الهمام ٢٠٤/٧، وبداية المجتهد لابن رشد ٨٢/٤، وحاشية الدسوقيّ ٣٣١/٣، والحاوي للماورديّ ٤٥٤/٦، والمهذب للشيرازيّ ١٤٧/٢، وتكملة المجموع للمطيعي ٨/١٤، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٧/١٣، وكشاف القناع للبهوتيّ ٣٦٨/٣.

(٢) هو الحارث بن ربعي الأنصاريّ الخزرجيّ السلميّ، وقيل اسمه عمرو، والأول أشهر، ولد قبل الهجرة بثماني عشرة سنة، كان يقال له: (فارس رسول الله)، شهد أُحُدًا وما بعدها، توفي بالكوفة في خلافة علي، وقيل: مات بالمدينة سنة أربع وخمسين. انظر: الاستيعاب لابن عبد البر ٢٨٩/١، والإصابة لابن حجر ٢٧٢/٧.

(٣) أخرجه البخاريّ في كتاب الحوالات، باب من تكفل عن ميت دينًا فليس له أن يرجع ٩٦/٣ برقم (٢٢٩٥).

(٤) سبق تخريجه.

(٥) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٠٤/٧.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الميت إذا كان معسرًا:

ذهب أبو حنيفة إلى استثناء حالة واحدة من قوله السابق، وهي ما إذا كان الميت مفلسًا فإنه لا يصح ضمان دينه (١)، ودليله على ذلك: أن الحقوق تثبت في أحد محلين، إما في ذمة أو عين، والميت لا ذمة له فيثبت الدين فيها، والمعسر ليس له عين مال يتعلق الحق بها، فثبت أن دين الميت إذا كان معسرًا ساقط لعدم محل يتعلق به، وإذا سقطت في حق الأصيل فلا يمكن إيجابها على الضامن تبعًا (٢).

نوقش من وجوه:

أولًا–عموم حديث أبي قتادة السابق، فإنه لم يستثنَ المفلس من غيره، ولا دليل على إخراجه من هذا العموم.

ثانيًا–أن دين الميت الفلس يعد دينًا ثابتًا فصح ضمانه كغير المفلس، ودليل ثبوته أنه لو تبرع رجل بقضاء دينه جاز لصاحب الدين اقتضاؤه (٣).

ثالثًا–أنه ثبت لو أن رجلًا ضمن عن رجل مالًا ثم مات المضمون لم يبرأ الضامن؛ فدل على أن الحق لازم للمضمون عنه لم يسقط عنه بموته معسرًا؛ إذ لو برئت ذمة المضمون لبرئت ذمة الضامن، بدليل قول النبيّ ﷺ: «نفس المؤمن معلقة بِدَيْنِهِ حتى يُقضَى عنه» (٤)، والمراد: أن أمرها موقوف لا حكم لها بنجاة ولا هلاك حتى ينظر هل يقضى ما عليها من الدين أم لا (٥).

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٦/٦، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ١٥٩/٤.

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٢٠٤/٧.

(٣) انظر الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٨/١٣.

(٤) أخرجه ابن ماجه في كتاب الصدقات، باب التشديد في الدين ٨٠٦/٢ برقم (٢٤١٣)، وأخرجه الترمذيّ في أبواب الجنائز، باب ما جاء عن النبيّ ﷺ أنه قال: «نفس المؤمن معلقة بِدَيْنِهِ حتى يُقضَى عنه» ٣٨١/٣ برقم (١٠٧٩) وقال: هذا حديث حسن.

(٥) انظر: حاشية السنديّ على سنن ابن ماجه ٧٦/٢، وتحفة الأحوذي للمباركفوري ١٦٤/٤.

رابعًا–ولأن كل ما لم يكن شرطًا في ضمان دين الحي لم يكن شرطًا في ضمان الدين عن الميت، وليس اليسار شرطًا في ضمان دين الحي فالميت كذلك.

خامسًا–أما قولهم بأنه لم يبق لدين الميت المعسر محل، فهو استدلال يدفع إجماع؛ لأنهم أجمعوا أن الميت يلقى الله ﷻ يوم يلقاه بوجوب الدين عليه ويستحق صاحب الدين يوم القيامة عوضًا به، ولو كان قد سقط لما استحق ذلك عليه، وإذا كان الإجماع على هذا حاصلًا كان ما استدل به فاسدًا [1].

الراجح:

يترجح –والله أعلم–عدم صحة الاستثناء؛ لعموم الأدلة، ولعدم الدليل على استثناء ضمان دين الميت المفلس .

(١) انظر: الحاوي للماورديّ ٦/٤٥٤–٤٥٥.

المطلب الثالث

استثناء ما أتلفت البهيمة إذا كانت في يد إنسان من عدم الضمان فيما أتلفته

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم الضمان فيما أتلفت البهيمة:

اختلف الفقهاء في هذه المسألة على أربعة أقوال:

القول الأول–ذهب جماهير العلماء من المالكيّة والشافعيّة والحنابلة إلى تضمين أصحاب البهائم فيما أفسدته البهائم ليلًا ولا ضمان عليهم فيما أفسدته نهارًا [١].

القول الثاني–ذهب الحنفيّة والظاهرية إلى عدم تضمين أصحاب البهائم فيما أتلفته ليلًا أو نهارًا[٢].

(١) انظر: التمهيد لابن عبد البر ١١/ ٨٨ و٢١/٧، والاستذكار له أيضًا ١٤٢/٨، وبداية المجتهد لابن رشد ١٠٧/٤، والقوانين الفقهيّة لابن جزيّ ٢١٩/١، والحاوي للماورديّ ٤٦٦/١٣، والمهذب للشيرازيّ ٢٦٤/٣، وتكملة المجموع للمطيعي ٢٦٠/١٩-٢٦١، ومغني المحتاج للشربينيّ ٣٦٤/٥، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٣٧/١٥-٣٤٠، وكشاف القناع للبهوتيّ ١٢٨/٤، وحاشية ابن قاسم على الروض المربع ٤١٨/٥. والشافعيّة يطردون هذا مع العادة الجارية في البلد، فلو جرت عادة قوم إرسال المواشي ليلًا وحبسها نهارًا انعكس الحكم على الأصح عندهم، وحصر المالكيّة في المشهور عندهم الضمان في الزرع والحرث وهو رواية عن الإمام أحمد؛ لأن حديث البراء –سيأتي الكلام عليه–حصره في النفش بالليل فيبقى ما عدا الزرع والحرث داخل في عموم حديث العجماء–سيأتي–، وفي رواية عنهما أيضًا أن التضمين عام في كل الأموال وذلك بقياس الزرع والحرث على سائر الأموال فكلها أموال محترمة شرعًا، أما الشافعيّة فأطلقوا الضمان في الأموال والدماء وهو الصحيح من مذهب الحنابلة وهو اختيار ابن تيمية وهو الأرجح؛ لأن حديث البراء عام في كل ما أفسدت البهيمة وليس التخصيص بالنفش؛ لأنه من شرع من قبلنا وهو غير متفق على التخصيص به، ولكن المخصوص هو إفساد الليل، ويجاب عن من حصر الضمان بالأموال أن شأن الإفساد واحد كما أن شأن الأموال واحد.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٢٧٢/٧، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ١٥١/٦، والبناية للعينيّ ٢٦٩/١٣، وحاشية ابن عابدين ٦٠٨/٦، والمحلى لابن حزم ١٩٩/١١.

القول الثالث–ذهب بعض المالكيّة إلى تضمين أصحاب البهائم فيما أتلفته مطلقًا ليلًا ونهارًا (١).

القول الرابع–وهو مرويّ عن عمر بن الخطاب ﷺ؛ إذ فرّق بين المنفلت الذي لا يمكن حفظه وغير المنفلت الذي يمكن حفظه، فالأول لا ضمان فيما أتلفه، أما الثاني ففيه الضمان (٢).

أدلة القول الأول:

١–قوله تعالى: ﴿وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ* فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾ (٣)، قال ابن عبد البر في التمهيد: "ولا خلاف بين أهل اللغة أن النفش–الرعي بالليل–لا يكون إلا بالليل، وكذلك قال جماعة العلماء بتأويل القرآن" (٤)، ووجه الدلالة من الآية: أن داود وسليمان حكما على صاحب الغنم بالضمان فيما أتلفته غنمه من الحرث ليلًا.

٢–ما رُوِيَ أن ناقة للبراء (٥) دخلت حائطًا لقوم فأفسدت فيه، فقضى رسول الله ﷺ على أهل الأموال حفظها بالنهار، وما أفسدت المواشي بالليل فهو ضمان على أهلها (٦)، وهو نص صريح في وجوب الضمان بالليل، ووجه التفريق: أن عادة أهل المواشي إرسالها في النهار للرعي وحفظها ليلًا، وعادة أهل الحوائط حفظها نهارًا من دون الليل، فإذا ذهبت ليلًا كان التفريط من أهلها بتركهم حفظها في وقت عادة الحفظ، وإن أتلفت نهارًا كان التفريط من أهل الزرع فكان عليهم (٧)، ولو مُنِعَ الناس من ترك مواشيهم للرعي من أجل الزرع للحقتهم في ذلك مضرة ومشقة (٨).

---

(١) بداية المجتهد لابن رشد ١٠٧/٤، وانظر: نيل الأوطار للشوكانيّ ٣٨٨/٥–٣٨٩.

(٢) انظر: نيل الأوطار للشوكانيّ ٣٨٨/٥.

(٣) سورة الأنبيّاء: الآية ٧٨–٧٩.

(٤) ٨٤/١١. وقد سبقت ترجمة ابن عبد البر.

(٥) هو الصحابيّ الفقيه الكبير، أبو عمارة البراء بن عازب بن الحارث الأنصاريّ الحارثيّ المدنيّ، روى حديثًا كثيرًا، وشهد غزوات كثيرة مع النبيّ ﷺ واستصغر يوم بدر، توفي: سنة اثنتين وسبعين، وقيل: توفي سنة إحدى وسبعين، عن بضع وثمانين سنة. انظر: الاستيعاب لابن عبد البر ١٥٥/١، والسير للذهبيّ ١٩٤/٣–١٩٦.

(٦) سبق تخريجه.

(٧) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٣٨/١٥.

(٨) التمهيد لابن عبد البر ٨٧/١١.

دليل القول الثاني:

١-ما جاء عن أبي هريرة ﷺ قال: قال رسول الله ﷺ: «العَجْمَاءُ جَرْحُهَا جُبَارٌ» [١]، والعجماء: هي البهيمة، والجُبَار: الهدر الذي لا شيء فيه، وهذا نص في المسألة، وعمومه ينفي ضمان ما تفسده ليلًا أو نهارًا، فهو ناسخ لما استدل به أصحاب القول الأول [٢].

نوقش من وجوه:

أولًا-أن دعوى النسخ مردودة لسببين:

أ-أن النسخ لا يصار إليه إلا عند التعارض، ولتعذر الجمع، وذلك فيما إذا لم يمكن استعمال أحد الدليلين إلا بنفي الآخر، وليس بين الحديثين تعارض، فحديث العجماء متفق على عمومه فيُخص منه ما دل عليه حديث البراء.

ب-أن النسخ يشترط للقول به ثبوت التاريخ للنصين كليهما حتى ينسخ المتأخر المتقدم، ولا دليل على التأخير، والنسخ لا يثبت بالاحتمال مع الجهل بالتاريخ.

ثانيًا-أن حديث أبي هريرة عام وحديث البراء خاص، والخاص مقدم على العام [٣]؛ لأن النبيّ ﷺ لما قال: «العَجْمَاءُ جَرْحُهَا جُبَارٌ» وقضى فيما أفسدت العجماء بشيء في حال من دون حال؛ دل ذلك على أن ما أصابت العجماء في حال جُبَار وفي حال غير جُبَار [٤].

---

(١) أخرجه البخاريّ، كتاب الديات، باب المعدن جبار والبئر جبار ١٢/٩ برقم (٦٩١٢)، وأخرجه مسلم، كتاب الحدود، باب جرح العجماء، والمعدن، والبئر جبار ١٣٣٤/٣ برقم (١٧١٠).

(٢) انظر: فتح الباري لابن حجر ٢٥٥/١٢.

(٣) انظر: تفسير القرطبيّ ٣١٥/١١.

(٤) انظر: التمهيد لابن عبد البر ٨٥/١١.

ثالثًا–أن شرع من قبلنا شرع لنا إذا ثبت بشرعنا أنه شرع لنا وهذا بالإجماع، وقد ثبت اتفاق داود وسليمان على تضمين صاحب الغنم وإن اختلفا في صفة التضمين، وقد ثبت في قصة ناقة البراء أن النبيّ ﷺ قضى بتضمين أصحاب المواشي ما أتلفت ليلًا (١).

أدلة القول الثالث:

١–عموم الأدلة التي تدل على حرمة مال المسلم، كقول النبيّ ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم...عليكم حرام» (٢).

نوقش: بأن الأحاديث العامة لا تعارض حديث البراء، فيحمل حديث البراء على وجه، ويبقى العموم فيما عدا ذلك؛ جمعًا بين الأدلة.

٢–أن إرسال هذه البهائم يعد تعديًا من المرسل، والأصول تقتضي الضمان على المتعدي (٣).

نوقش من وجهين:

أولًا–لا نسلم أن كل إرسال تعدٍ، ومحل كونه تعديًا من المرسل إذا لم يتسبب المالك في الإتلاف، وإلا فالتعدي من المالك لا من المرسل، فإذا ترك المالك حفظ زرعه نهارًا فقد تسبب في إتلافه فلا ضمان على صاحب البهيمة، وصاحب الزرع إنما أوتي من قبل نفسه حيث لم يحفظه في الوقت الذي الأغلب من الناس أنهم يحفظونه فيه ممن أراده (٤).

ثانيًا–سلمنا جدلًا أن كل إرسال تعدٍ، لكن هذا مخالف للأصول الصحيحة التي جعلها الرسول ﷺ أصلًا وهو حديث البراء وحديث العجماء، ففي هذا القول هدر لهما (٥).

---

(١) انظر: مذكرة الشنقيطيّ في أصول الفقه ص ١٩٢.

(٢) سبق تخريجه.

(٣) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ١٠٨/٤.

(٤) انظر: تهذيب الفروق لمحمد علي حسين ٢١٢/٤.

(٥) انظر: نيل الأوطار للشوكانيّ ٣٨٩/٥.

دليل القول الرابع:

أن البهيمة غير المنفلتة يمكن حفظها فيجب ضمان ما تتلفه، أما المنفلتة فإن صاحبها لا يقدر على حفظها فلا يجب عليه ضمان ما تتلفه [١].

نوقش: أن هذا التفصيل لم ترد به السنة الصحيحة، بل فيه إهمال لدلالة الحديثين الواردين [٢].

الراجح:

يترجح -والله أعلم-القول الأول؛ لأن فيه جمعًا بين الأدلة، وهذا أولى من إعمال أحدهما وإهمال الآخر [٣].

سبب الخلاف:

سبب الخلاف في هذا الباب معارضة الأصل للسماع، ومعارضة السماع بعضه لبعض، فالأصل أن على المتعدي الضمان، والمرسل للحيوان متعدٍ بإرساله فوجب عليه الضمان، وهذا مُعارَض بحديث: «العجماء جبار»، ويعارِض أيضًا التفرقة التي في حديث البراء، وكذلك التفرقة التي في حديث البراء تعارض أيضًا حديث «العجماء جبار» [٤].

---

(١) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ١٠٨/٤.

(٢) انظر: نيل الأوطار ٣٨٩/٥.

(٣) انظر: شرح صحيح البخاريّ لابن بطال ٥٦٣/٨.

(٤) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ١٠٨/٤.

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء ما أتلفت البهيمة إذا كانت في يد إنسان (١):

يرد الاستثناء على القول الأول والثاني في المسألة السابقة؛ إذ اتفقت المذاهب الأربعة والظاهرية على أن البهيمة إذا أتلفت شيئًا (٢) وكانت في يد إنسان ففي هذه الحالة أوجبوا الضمان فيما أتلفته سواء أكان الإتلاف ليلًا أم نهارًا ويكون على من هي بيده (٣)، ودليلهم على ذلك:

١-أن البهيمة إذا كانت بيد إنسان فإن فعلها منسوب إليه؛ لأنها كالآلة في يده (٤).

٢-ولأنه يمكنه حفظها عن الجناية إذا كانت يده عليها بخلاف ما لا يد له عليها (٥).

الراجح:

يترجح -والله أعلم-صحة الاستثناء؛ لقوة أدلة القائلين به، ولأن الأصل أن الإنسان مسؤول عما تحت يده لقوله تعالى حكاية عن يوسف: ﴿قَالَ مَعَاذَ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا مَنْ وَجَدْنَا مَتَاعَنَا عِنْدَهُ إِنَّا إِذًا لَظَالِمُونَ﴾ (٦).

سبب الاستثناء:

الاستحسان، قال الزيلعيّ: "الأصل أن الفعل الاختياريّ يضاف إلى فاعله ولا يجوز إضافته إلى غيره، إلا أنَّا تركنا ذلك في فعل البهيمة إذا وجد منه السوق، فأضفناه إليه استحسانًا، صيانة

---

(١) التعبير بـ(إنسان) أعم وأشمل من التعبير بـ(يد صاحبها)؛ لأن الأول يشمل يد صاحبها ويشمل المستعير والغاصب والمستأجر وغيرهم بخلاف الثاني.

(٢) وهذا مرتبط بما سبق الإشارة إليه، فمن الفقهاء من يقيد الضمان بالزرع والحرث ومنهم من يعممه على سائر الأموال ومنهم من أطلق ذلك في الأموال والدماء.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ١٥١/٦-١٥٢، وحاشية ابن عابدين ٦٠٣/٦، والقوانين الفقهيّة لابن جزيّ ٢١٩/١، والحاوي للماورديّ ٤٦٦/١٣، وكشاف القناع للبهوتيّ ١٢٥/٤-١٢٨، والمحلى لابن حزم ١٩٩/١١. واتفاقهم هذا في الجملة؛ لأنهم اختلفوا في بعض الصور كالضمان فيما جنت الدابة برجلها من دون يدها.

(٤) انظر: الحاوي للماورديّ ٤٦٦/١٣

(٥) انظر: التمهيد لابن عبد البر ٨٧/١١.

(٦) سورة يوسف: الآية ٧٩.

للأنفس والأموال، وإذا لم يوجد منه السوق بقي على الأصل" [1]. ومراده بالأصل الذي هو عدم التضمين عندهم كما سبق.

---

(١) تبيين الحقائق ١٥٢/٦.

المطلب الرابع

استثناء آنية الخمر المنتفع بها في غيره من عدم ضمان آنية الخمر إذا كسرت

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم ضمان كسر آنية الخمر:

صورة المسألة: إذا كسر مسلم آنية خمر لمسلم آخر فقد اختلف العلماء في ضمان هذه الآنية على ثلاثة أقوال:

القول الأول–ذهب الحنفيّة (١) والمالكيّة (٢) والشافعيّة (٣) والمذهب عند الحنابلة (٤) إلى عدم ضمان آنية الخمر إذا كسرت.

القول الثاني–وهو قول عند الحنفيّة وقول عند الحنابلة (٥) أنه إذا لم يقدر على إراقة الخمر إلا بكسر آنيته فلا ضمان فيها، أما إذا قدر على إراقتها من دون كَسْرِها فكَسَرَها فهو ضامن لها.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٦٨/٧، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٣٧/٥، وملتقى الأبحر لإبراهيم الحلبيّ ٩٨/١، والبحر الرائق لابن نجيم ١٤٢/٨، ومجمع الضمانات لأبي محمد البغداديّ ١٣٢/١، وحاشية ابن عابدين ٢١٢/٦.

(٢) انظر: المدونة للإمام مالك ٢٤٨/٢ و٢٩٥/٣ و٤٣٧/٣، ومواهب الجليل للحطاب ٢٨٠/٥، وشرح الخرشيّ ١٤/٤ و١٣٥/٦.

(٣) وقولهم هذا تخريجًا على قولهم في كسر آلات اللهو والمعازف وكسر الصليب والصنم فإنهم اتفقوا على عدم الضمان في كسرها، واختلفوا في الحد المشروع لإبطالها، فمن اقتصر في إبطالها على الحد المشروع فلا شئ عليه ومن جاوزهما فعليه التفاوت بين قيمتها مكسورة إلى الحد المشروع وبين قيمتها منتهية إلى الحد الذي أتى به. انظر: فتح العزيز للرافعيّ ٢٥٩/١١–٢٦٠، والمجموع للنوويّ ٢٥٦/٩، وروضة الطالبين له أيضًا ١٧/٥.

(٤) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٥٤/١٥، وكشاف القناع للبهوتيّ ١١٦/٤ و١٣٣/٤، ومجموع الفتاوى لابن تيمية ١١٣/٢٨.

(٥) انظر: البناية للعينيّ ٢٧٠/١١.

القول الثالث–وهو قولٌ للإمام مالك وهو الضمان على من كسر آنية الخمر [1].

أدلة القول الأول:

١–ما جاء عن أبي طلحة [2] ﷺ أنه قال: يا نبيّ الله، إني اشتريت خمرًا لأيتام في حجري، قال: «أهرق الخمر، واكسر الدِّنَان» [3] أي الآنية، وجه الاستدلال: أنه إذا جاز كسر آنية الخمر انتفى ضمانها؛ لأن الجواز الشرعيّ ينافي الضمان.

٢–ما جاء عن ابن عمر ﷺ قال: أمرني رسول الله ﷺ أن آتيه بمُدْيَةٍ [4]، فأتيته بها، فأرسل بها، فَأُرْهِفَتْ [5]، ثم أعطانيها وقال: «اغْدُ عَلَيَّ بها»، فخرج بأصحابه إلى أسواق المدينة، وفيها زِقَاق[6] خمر قد جُلِبت من الشام، فأخذ المُدْيَة مني، فشق ما كان من تلك الزِقَاق بحضرته، ثم أعطانيها، وأمر أصحابه الذين كانوا معه أن يمضوا معي، وأن يعاونوني، وأمرني أن آتي الأسواق كلها، فلا أجد فيها زِقَّ خمر إلا شققته، ففعلت فلم أترك في أسواقها زِقًّا إلا شققته [7]. وجه الاستدلال: أن الحديث يدل على سقوط حرمة آنية الخمر وإباحة إتلافها.

---

(١) انظر: البيان والتحصيل للمواق ٢٩٧/١٦.

(٢) هو زيد بن سهل بن الأسود النجاريّ الأنصاريّ، مولده في المدينة سنة ٣٦هـ قبل الهجرة، صحابيّ من الشجعان الرماة المعدودين في الجاهلية والإسلام، ولما ظهر الإسلام كان من كبار أنصاره، فشهد العقبة وبدرًا وأحدًا والخندق وسائر المشاهد، وكان جهير الصوت، توفي سنة ٣١هـ وقيل ٣٢هـ، وكان غازيًا في البحر فلم يجدوا له جزيرة يدفنونه بها إلا بعد سبعة أيام، فدفنوه بها، وهو لم يتغير. انظر: الاستيعاب لابن عبد البر ٥٥٣/٢–٥٥٤، والإصابة لابن حجر ١٩٤/٧.

(٣) أخرجه الترمذيّ في البيوع، باب ما جاء في بيع الخمر والنهي عن ذلك ٥٨٠/٣ برقم (١٢٩٣) وقال الترمذيّ: هذا أصح من حديث الليث، وحسنه الألبانيّ في تعليقه على السنن، وأخرجه الدارقطنيّ في سننه، كتاب الأشربة وغيرها، باب اتخاذ الخل من الخمر ٤٧٧/٥ برقم (٤٧٠٢). قال الشوكانيّ: حديث أنس عن أبي طلحة رجال إسناده ثقات وأصله في صحيح مسلم. نيل الأوطار ٣٩٤/٥.

(٤) وهي السكين والشفرة. النهاية لابن الأثير ٣١٠/٤ مادة (مدا).

(٥) أي سُنَّت وأُخْرج حَدَّاها. النهاية لابن الأثير ٢٨٣/٢ مادة (رهف).

(٦) الزِّقُّ "بكسر الزاي": السقاء ونحوه من الظروف. المطلع على ألفاظ المقنع للبعليّ ٣٣٣/١.

(٧) رواه الإمام أحمد في المسند ٣٠٧/١٠ برقم (٦١٦٦) قال محقق المسند شعيب الأرناؤوط: "حديث حسن"، وقد رواه أحمد بإسناد آخر عن عبد الله بن وهب عن ابن لهيعة وكان سماعه منه قبل احتراق كتبه، وقال الحاكم عن الحديث بهذا الإسناد: هذا حديث صحيح الإسناد، ولم يخرجاه. المستدرك، كتاب الأشربة ١٦٠/٤ برقم(٧٢٢٨)،

٣–ما جاء عن أنس بن مالك ﷺ، قال: "كنت أسقي أبا طلحة الأنصاريّ، وأبا عبيدة بن الجراح(١)، وأُبي بن كعب (٢) شرابًا من فضيخ –وهو تمر –"، فجاءهم آتٍ فقال: إن الخمر قد حُرِّمت، فقال أبو طلحة: يا أنس، قم إلى هذه الجرار فاكسرها، قال أنس: "فقمت إلى مِهراس (٣) لنا فضربتها بأسفله حتى انكسرت" (٤)، وجه الاستدلال: أن الصحابة فهموا من تحريم الخمر جواز إتلافها وآنيتها، فلا حرمة لها بذهاب حرمة ما فيها، ويثبت تبعًا ما لا يثبت استقلالًا.

٤–ما جاء عن عمر بن الخطاب ﷺ أنه وجد في بيت رجل من ثقيف خمرًا، وقد كان جلده في الخمر فحرق بيته، وقال: "ما اسمك؟" قال: رويشد قال: "بل أنت فويسق" (٥)، وجه الاستدلال: أن حرق عمر لبيت الخمار أبعد من كسر آنية الخمر، فإذا جاز حرق بيته فكسر آنيته من باب أولى.

٥–ما جاء عن النبيّ ﷺ أنه رأى نيرانًا تُوقد يوم خيبر، قال: «علامَ توقد هذه النيران؟»، قالوا على الحُمُر الإنسية، قال: «اكسروها، وأهرِقوها»، قالوا: ألا نهريقها، ونغسلها،

=وقال الهيثميّ: رواه كله أحمد بإسنادين في أحدهما: أبو بكر بن أبي مريم، وقد اختلط، وفي الآخر أبو طعمة، وقد وثقه محمد بن عبد الله بن عمار الموصليّ، وضعفه مكحول، وبقية رجاله ثقات. مجمع الزوائد، كتاب الأشربة، باب في آنية الخمر ٥٤/٥ برقم (٨٠٨٤) و(٨٠٨٥).

(١) هو عامر بن عبد الله بن الجراح بن هلال الفهريّ القرشيّ الصحابيّ الأمير القائد، فاتح الديار الشامية، ولد بمكة سنة ٤٠ قبل الهجرة، وهو من السابقين إلى الإسلام وأحد العشرة المبشَّرين بالجنة، وكان من دهاة قريش، وكان لقبه أمين الأمة، وهو ممن شهد المشاهد كلها، توفي بطاعون عمواس سنة ١٨هـ. انظر: الاستيعاب لابن عبد البر ٧٩٣/٢، والإصابة لابن حجر ٤٧٥/٣.

(٢) هو أُبيّ بن كعب بن قيس بن عبيد، من بني النجار، من الخزرج، أبو المنذر وأبو الطفيل سيّد القراء، كان قبل الإسلام حبرًا من أحبار اليهود، ولما أسلم كان من كتاب الوحي، وشهد بدرًا وأحدًا والخندق والمشاهد كلها مع رسول الله ﷺ، أمره عثمان بجمع القرآن، فاشترك في جمعه، مات بالمدينة في خلافة عمر وقيل في خلافة عثمان. انظر: الاستيعاب لابن عبد البر ٦٥/١، والإصابة لابن حجر ١٨٠/١.

(٣) المِهراس: صخرة منقورة تسع كثيرًا من الماء، وقد يعمل منها حياض للماء، وقد استعير للخشبة التي يدق فيها الحب فقيل لها مِهراس على التشبيه بالمِهراس من الحجر. انظر: النهاية لابن الأثير ٢٥٩/٥ مادة (هرس)، والمصباح المنير للحمويّ ٦٣٧/٢ مادة (هرس).

(٤) أخرجه البخاريّ، كتاب أخبار الآحاد ٨٨/٩ برقم (٧٢٥٣).

(٥) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب أهل الكتاب بسم الله الرحمن الرحيم، باب بيع الخمر ٧٦/٦ برقم (١٠٠٥١)، ومن ذلك ما رواه أبو عبيد أن عليًّا أمر بتحريق قرية كان يباع فيها الخمر. الأموال، كتاب فتوح الأرضين صلحًا وسننها وأحكامها، باب ما يجوز لأهل الذمة أن يُحدثوا في أرض العنوة، وفي أمصار المسلمين وما لا يجوز ١٢٥/١ برقم (٢٦٨).

قال: «اغسلوا» [1]. وجه الاستدلال: أن النبيّ ﷺ أمر بكسرها لذهاب حرمتها بذهاب حرمة ما فيها، ويقاس على ذلك آنية الخمر؛ بجامع ذهاب حرمة ما بداخلهما.

دليل القول الثاني:

لم أجد لهم دليلًا على هذا التفصيل، لكن قد يُستدل لهم بالقاعدة الأصوليّة: "ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب" [2]، فإذا استطاع إتلاف الخمر بلا كسر لآنيته فهو الواجب؛ لأنه مال محترم في ذاته، وأما إذا تعذر إتلاف الخمر بغير كسر آنيته فإنه لا محيد عن كسر الآنية حينئذ.

نوقش: أن آنية الخمر ذهبت حرمتها لذهاب حرمة ما فيها، ويثبت تبعًا ما لا يثبت استقلالًا.

دليل القول الثالث:

عموم الأدلة التي تدل على حرمة مال المسلم، كقول النبيّ ﷺ في خطبته في حجة الوداع: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام»[3] وآنية الخمر داخلة في هذا العموم، فلا يجوز إتلافها.

نوقش: أن هذه الأدلة عامة، والأدلة على جواز كسر آنية الخمر خاصة، فيُحمل العام على الخاص، وقد ثبت التخصيص في غير مسألة، كالحجر على المفلس لحق الغرماء، وجواز أخذ المرأة نفقتها بالمعروف من غير إذن زوجها، فيبقى العام على عمومه فيما عدا ما خصه النص، والجمع بين الأدلة أولى من ترجيح أحدهما وهدر الآخر.

الراجح:

الذي يترجح لي –والله أعلم–أن هذه المسألة تعد من باب السياسة الشرعيّة، فإذا رأى الحاكم أن أهل الفساد متعالين وغير منقادين فلا مانع من كسر آنية الخمر إرغامًا لهم، أما إذا تبين خضوعهم وإذعانهم فإنها لا تكسر، وعلى ذلك يُحمل ما جاء عن النبيّ ﷺ لما رأى نيرانًا تُوقد يوم خيبر،

---

(١) أخرجه البخاريّ، كتاب المظالم والغصب باب هل تكسر الدِنان التي فيها الخمر أو تُخَرَّق الزقاق، فإن كسر صنمًا، أو صليبًا، أو طنبورًا، أو ما لا ينتفع بخشبه وأُتِيَ شريح في طُنْبُور كُسِر، فلم يقض فيه بشيء ٣/١٣٦ برقم (٢٤٧٧).

(٢) انظر: روضة الناظر لابن قدامة ١/١١٨.

(٣) سبق تخريجه.

قال: «علامَ توقد هذه النيران؟»، قالوا على الحُمُر الإنسية، قال: «اكسروها، وأهرِقوها»، قالوا: ألا نهريقها، ونغسلها، قال: «اغسلوا» فأراد التغليظ عليهم في طبخهم ما نُهِيَ عن أكله، فلما رأى إذعانهم اقتصر على غسل الأواني [١].

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء آنية الخمر المنتفع بها في غيره:

يرد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة، فاستثنى أبو حنيفة والحنابلة في رواية حالة واحدة يجب فيها الضمان في كسر آنية الخمر وهي ما إذا كانت الآنية يُنتفع بها في غير الخمر [٢]، ودليلهم على ذلك: أن هذه الآنية صالحة للانتفاع من وجه آخر فكانت مالًا متقومًا من ذلك الوجه [٣].

نوقش: أن الآنية ذهبت حرمتها لما استعملت في غرض محرم، ويثبت تبعًا ما لا يثبت استقلالًا، كما يمكن مناقشتهم بعموم أدلة القول الأول في المسألة السابقة.

الراجح:

سبق أن رجحت أن هذا المسألة من باب السياسة الشرعيّة، فما يراه الحاكم أصلح لحال الناس فهو المتوجه حينئذ، ويتأكد ذلك إن كانت الآنية يُنتفع بها في غير الخمر حفاظًا على ضرورة المال، ومع ذلك فإذا رأى الحاكم إتلافها فله ذلك ولا ضمان في كسرها، ويكون ذلك من باب التعزير بالمال.

سبب الاستثناء:

المصلحة، وبيان ذلك: أن الشريعة جاءت بحفظ الضرورات الخمس ومن ذلك المال، وآنية الخمر إذا كانت يُنتفع بها في غير الخمر فهي مال متقوم ينبغي الحفاظ عليه لمصلحة رب المال.

---

(١) فتح الباري لابن حجر ١٢٢/٥.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٦٨/٧، وحاشية ابن عابدين ٢١٢/٦، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٥٤/١٥.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٣٧/٥.

المطلب الخامس

استثناء ما إذا وَثَّق المدين دينه برهن أو كفيل من جواز منع الغريم المدينَ من السفر

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم منع الغريم المدينَ من السفر:

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على أنه يجوز للغريم أن يمنع المدين الموسر من السفر إذا كان الدين يحل قبل سفره، واتفقوا على أنه لا يجب على المدين الاستئذان إذا تعين عليه الجهاد، واختلفوا فيما عدا ذلك على ثلاثة أقوال:

القول الأول–ذهب المالكيّة إلى أن الأجل إذا كان يحل في أثناء سفر المدين فلغريمه منعه من السفر، وكذا الأمر في المدين المعروف باللدد وشدة الخصومة، وإن كان لا يحل فليس له منعه(١).

القول الثاني–ذهب الحنفيّة والشافعيّة والحنابلة في رواية إلى أنه ليس للغريم منع المدين من السفر مطلقًا ما دام دينه غير حال (٢).

---

(١) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٣٦/٥، وشرح الخرشيّ ٢٦٣/٥، ومنح الجليل لمحمد عليش ١٠/٦-١١، ٢٢٩.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٣٧/٢٥، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ١٧٣/٧، وحاشية الشلبيّ على تبيين الحقائق ٢٠٠/٥، والدر المختار للحصفكيّ ٣٨٤/٥، والحاوي للماورديّ ٣٣٧/٦، وروضة الطالبين للنوويّ ١٣٦/٤، ومغني المحتاج للشربينيّ ١١٦/٣، وتكملة المجموع للمطيعي ٢٧٢/١٣، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٢٩/١٣.

القول الثالث–ذهب الحنابلة في الصحيح إلى أن للغريم منع المدين من السفر قبل حلول الأجل مطلقًا [1].

دليل القول الأول:

أن الدين إذا حَلَّ في السفر لم يقدر الغريم على الوصول إليه فيضيع حقه، فيحق له منعه من السفر، وهذا وارد أيضًا على المعروف باللدد وشدة الخصومة، أما إذا لم يحل الدين فإن السفر وحده ليس أمارة على منع الحق في محله [2].

أدلة القول الثاني:

١–أن الدائن ليس له أن يطالب بالدين قبل حلول أجله، فكذا لا يَمنع من السفر قبل حلول أجل الدين [3].

نوقش: أن حلول الدين في غيبة المدين مظنة لفوات حق الغريم، والظن الغالب معتبر في الشريعة.

٢–ولأن الدائن مفرط؛ إذ رضي بالتأجيل من غير رهن وكفيل [4].

نوقش: أن الأصل عدم السفر، والسفر أمر طارئ لا يعتبره الناس غالبًا في عقودهم.

دليل القول الثالث:

١–أن السفر يمنع من استيفاء الدين في محله المؤقت له، وقدومه عند المحل غير متيقن، وهذا يلحق الضرر بالغريم [5].

---

(١) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٢٩/١٣، والفتاوى الكبرى لابن تيمية ٣٩٧/٥، وكشاف القناع للبهوتيّ ٤١٧/٣، وشرح منتهى الإرادات للبهوتيّ أيضًا ١٥٦/٢.

(٢) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٢٩/١٣، والحاوي للماورديّ ٣٣٧/٦.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٣٧/٢٥.

(٤) انظر: الحاوي للماورديّ ٣٣٧/٦، ومغني المحتاج للشربينيّ ١١٦/٣.

(٥) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٢٩/١٣–٢٩٠، وكشاف القناع للبهوتيّ ٤١٧/٣.

نوقش: أن السفر لا يمنع استيفاء الدين إذا كان لا يحل في غيبة المدين، ولو جاز للغريم منع المدين من السفر في هذه الحالة لجاز له مطالبته في حال الإقامة خوفًا من هربه (١).

الراجح: لعل أقرب الأقوال إلى الصواب هو القول الأول؛ لما فيه من حفظ لحق الدائن من الضياع، ومراعاة لحال المدين وحقه في السفر إذا كان الدين لا يحل في غيبته.

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء فيما إذا وَثَّق المدين دينه برهن أو كفيل:

يرد الاستثناء على القائلين بجواز منع المدين من السفر سواء أكان ذلك مطلقًا أم مقيدًا، وهم المالكيّة والحنابلة، فأجازوا للمدين السفر وليس للدائن الحق في منعه إذا وثق المدين دينه برهن أو كفيل يمكن استيفاء الدين منهما؛ وذلك لزوال الضرر على الغريم؛ لأن وجود الرهن أو الكفيل يأمن بهما عدم فوات حقه، وهذا ما بنوا عليه قولهم في منع المدين من السفر، والحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا (٢).

سبب الاستثناء:

المصلحة، بيان ذلك: أن منع المدين من السفر إنما هو لمصلحة الغريم وحفظًا لحقه، فإذا وثق المدين دينه برهن أو كفيل فإنه لا فائدة من منعه من السفر حينئذ؛ لأنه ضرر عليه بلا مُسَوِّغ، فإذا راعينا مصلحة الغريم في حفظ حقه كان من العدل مراعاة مصلحة المدين في عدم الإضرار به ومنعه من السفر إذا وَثَّق دينه برهن أو كفيل، وتوثيق الديون فيه مصلحة للغريم والمدين، فالأول يأمن عدم فوات حقه، والثاني يضمن براءة ذمته في حال سفره أو حصول ما يمنعه من الوفاء في وقته.

---

(١) انظر: الحاوي للماورديّ ٦/٣٣٧-٣٣٨.

(٢) انظر: مواهب الجليل للحطاب ٥/٣٦، وشرح الخرشيّ ٥/٢٦٣، ومنح الجليل لمحمد عليش ٦/١٠، الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٣/٢٢٩.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "الضرر يزال" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار" [(١)]؛ لأن منع المدين من السفر في حال توثيقه لدينه برهن أو كفيل إضرار به بلا مسوغ؛ لأن حق الغريم محفوظ بالرهن أو بالكفيل فلا يفوت حقه.

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ص١٧٩.

المطلب السادس

استثناء حال التعدي والتفريط من عدم الضمان في الأمانات

وفيه فرعان:

الفرع الأول-حكم ضمان الأمانات [١]:

اتفق العلماء في الجملة على عدم تضمين المؤتمن إذا لحق الأمانة هلاك أو نقص، واختلفوا في بعض العقود هل اليد فيها يد ضمان أو يد أمانة؟ فمن ألحقها بالأول أوجب الضمان، ومن ألحقها بالثاني لم يوجب الضمان، قال الماورديّ في الحاوي بعدما قرر عدم الضمان في الأمانات: "وهو قول منتشر في الصحابة لا يُعرف بينهم فيه تنازع" [٢]، ووافقه جمع من أهل العلم كابن هبيرة [٣] وابن رشد [٤] وابن قدامة الموفق [٥] والزركشيّ [٦]، والشوكانيّ [٧]، ومستندهم في ذلك:

---

(١) المراد بيد الأمانة: هي يد الحائز للشيء بإذن صاحبه -لا يقصد تملكه-لمصلحة تعود لمالكه (كالوديع والوكيل بلا أجر)، أو لمصلحة تعود للحائز (كالمستأجر)، أو لمصلحة مشتركة بينهما (كالمضارب والشريك)، وقد تكون الأمانة في يد شخص بلا عقد ولا قصد كما لو ألقت الريح في دار أحد مال جاره، وقد يكون الحوز بإذن الشارع (كاللقطة)، وقد يكون الحوز بإذن من له الولاية (كناظر الوقف). انظر: مجلة الأحكام العدلية ١٤٤/١، والمنثور للزركشيّ ٣٢٣/٢، والقواعد لابن رجب ص٥٩، والقواعد والأصول الجامعة لابن سعدي ص٤٤.

(٢) ٣٥٦/٨. وقد سبقت ترجمة الماورديّ.

(٣) اختلاف الأئمة العلماء ٥/٢. وقد سبقت ترجمة ابن هبيرة.

(٤) بداية المجتهد ٩٤/٤. وقد سبقت ترجمة ابن رشد.

(٥) المغني ٤٣٦/٦. وقد سبقت ترجمة ابن قدامة الموفق.

(٦) شرح الزركشيّ ٥٧٧/٤. وقد سبقت ترجمة الزركشيّ.

(٧) نيل الأوطار ٣٥٤/٥. وقد سبقت ترجمة الشوكانيّ. وقد ذكر ابن نجيم في البحر الرائق أن: "الأمانة علم لما هو غير مضمون فيشمل جميع الصور التي لا ضمان فيها" ٢٧٤/٧.

١-ما جاء عن النبيّ ﷺ أنه قال: «لا ضمان على مؤتمن» (1)، قال الشوكانيّ: "فيه دليل على أنه لا ضمان على من كان أمينًا على عين من الأعيان" (2).

٢-عَدُّ الحائز نائبًا عن المالك في اليد والتصرف، وذلك يستوجب أن يكون هلاك العين في يده كهلاكها في يد مالكها؛ لأنه قبضها بإذنه ورضاه من دون قصد تملكها منه (3).

٣-استصحاب دليل البراءة الأصلية للحائز، وقد عبر عن ذلك الشوكانيّ بقوله: "الأصل الشرعيّ هو عدم الضمان؛ لأن مال الأمين معصوم بعصمة الإسلام، فلا يلزم منه شيء إلا بأمر الشرع"(4).

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء حال التعدي والتفريط:

اتفق الفقهاء على استثناء حال التعدي والتفريط من الحكم السابق، فإذا وقع في الأمانة ضرر بسبب تعدي الأمين أو تفريطه (5) في المحافظة عليها وصونها فإنه يكون ضامنًا (6)، قال الزركشيّ: "أما إن تعدى فإنه خرج من حيز الأمانة، إلى حيز الخيانة، فيضمن بلا نزاع" (7)، ومستندهم في الإجماع هو:

---

(١) سبق تخريجه.

(٢) نيل الأوطار ٣٥٤/٥.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٢١١/٦.

(٤) انظر: السيل الجرار ٦٥٢/١ بتصرف.

(٥) الفرق بين التعدي والتفريط أن التفريط: ترك ما يجب من الحفظ، والتعدي: فعل ما لا يجوز من التصرفات، أو الاستعمالات. انظر: القواعد والأصول الجامعة لابن سعدي ص٤٤.

(٦) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٠٩/١١، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ٢١١/٦، وبداية المجتهد لابن رشد ٩٥/٤، وحاشية الدسوقيّ ٤٢٠/٣، والحاوي للماورديّ ٤٣٦/٨، والمغني لابن قدامة ٤٣٦/٦.

(٧) شرح الزركشيّ ٥٧٧/٤.

١–ما جاء عن النبيّ ﷺ أنه قال: «ليس على المستعير غير المُغِلِّ ضمان، ولا على المستودع غير المُغِلِّ ضمان» [(١)]، والمُغِل: هو الخائن، فإذا وقع منه تعدٍ أو تفريط فقد خان الأمانة [(٢)].

٢–لأنه متلف لمال غيره، فضمنه، كما لو أتلفه من غير ائتمان [(٣)].

وبناء على ما سبق يتبين صحة الاستثناء باتفاق العلماء.

سبب الاستثناء:

الإجماع، وهو ظاهر عند من نقل الاتفاق، وبعضهم اكتفى بنفي الخلاف.

كما يمكن عَدّ المصلحة سببًا ثانيًا: وهي مصلحة الحفاظ على أموال الناس؛ لأن الأمين بتعديه وتفريطه خرج عن وصف الأمانة إلى الخيانة وهي تتنافى مع الضمان، ولئلا يتساهل الأمناء في إتلاف الأمانات تحت ذريعة الأمانة.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "الضرر يزال" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار"، وبيان ذلك: أن تعدي الأمين وتفريطه يؤدي إلى تضرر صاحب العين بفواتها أو نقصانها، ولما كان الأمين فعل ما لا يجوز له فعله فإن الضمان يقع عليه؛ لأن الجواز الشرعيّ

---

(١) أخرجه الدارقطنيّ، كتاب البيوع ٤٥٦/٣ برقم (٢٩٦١) وفي إسناده عمرو بن عبد الجبار وعبيدة بن حسان، قال عنهما الدار قطني: "هما ضعيفان، وإنما يُروى عن شريح القاضي غير مرفوع"، وأخرجه البيهقيّ في الكبرى، كتاب العارية، باب من قال: لا يغرم ١٤٩/٦ برقم(١١٤٨٦)، وقال: هذا هو المحفوظ عن شريح القاضي من قوله. وقال ابن حبان: "عبيدة يروي الموضوعات عن الثقات لا يحل الاحتجاج به بحال". المجروحين ١٨٩/٢. وقال ابن عدي: "عمرو بن عبد الجبار روى عن عمه عبيدة بن حسان مناكير". الكامل ٢٤٢/٦. وضعفه ابن القطان في بيان الوهم والإيهام ٤٧٣/٥، وانظر: إتحاف المهرة لابن حجر ٥٠٧/٩، والتلخيص الحبير له أيضًا ٢١٤/٣.

(٢) انظر: نيل الأوطار للشوكانيّ ٣٥٤/٥.

(٣) انظر: المغني لابن قدامة ٤٣٧/٦.

ينافي الضمان، ومفهوم المخالفة من ذلك إيجاب الضمان على مخالفة الجواز الشرعيّ؛ ولذلك كان من الواجب إزالة الضرر الواقع على صاحب العين بضمانها له [١].

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ١/٧٢.

المطلب السابع

استثناء من عليه حد أو قصاص من صحة الكفالة بالبدن (١)

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم الكفالة بالبدن:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول–اتفقت المذاهب الأربعة على صحة الكفالة بالبدن، وقد حكى بعضهم الإجماع على ذلك (٢).

القول الثاني–ذهب بعض الشافعيّة والظاهرية إلى عدم صحة الكفالة بالبدن (٣).

---

(١) الكفالة في اللغة: قال ابن فارس: الكاف والفاء واللام أصل صحيح يدل على تضمن الشيء للشيء... ومن الباب الكفيل وهو: الضامن. مقاييس اللغة ١٨٧/٥ مادة (كَفَلَ). أما الكفالة بالبدن في اصطلاح الفقهاء فقد اختلفت توجهات الفقهاء في ذلك، فالحنفيّة لا يفردونها بتعريف مستقل ولكنهم ضمّنوه في سياق تعريفهم للكفالة بوجه عام، قال الحصفكيّ: "الكفالة هي: ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة مطلقًا بنفس أو بدين أو عين" الدر المختار ٢٨١/٥، أما المالكيّة فيطلقون على الكفالة لفظ الضمان ويسمونها ضمان الوجه وهو: "التزام الإتيان بالغريم الذي عليه الدين وقت الحاجة إليه" حاشية الدسوقيّ ٣٤٤/٣، أما الشافعيّة فيطلقون عليها كفالة الوجه وكفالة البدن وهي: "التزام إحضار المكفول إلى المكفول له للحاجة إليه" مغني المحتاج للشربينيّ ٢٠٧/٣، أما الحنابلة فعرفها ابن قدامة بأنها: "الكفالة ببدن كل من يلزمه الحضور في مجلس الحاكم بحق" الكافي ١٣٣/٢. وهذه التعريفات متقاربة فيما بينها، وقد جرى إدراج مسائل الكفالة ضمن مسائل الضمان كما هي طريقة الشافعيّة والحنابلة.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٦٢/١٩، وفتح القدير لابن الهمام ١٦٣/٧، وحاشية ابن عابدين ٢٨١/٥، وبداية المجتهد لابن رشد ٧٩/٤، والذخيرة للقرافيّ ١٩١/٩، ومنح الجليل لمحمد عليش ٢٣٨/٦، والحاوي للماورديّ ٤٦٤/٦، وروضة الطالبين للنوويّ ٢٥٣/٤، ومغني المحتاج للشربينيّ ٢٠٧/٣، وتكملة المجموع للمطيعي ٤١/١٤، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٦١/١٣، وكشاف القناع للبهوتيّ ٣٧٥/٣. وقد جاء عن الشافعيّ أن الكفالة بالبدن ضعيفة، وقد أراد الشافعيّ بذلك أنها ضعيفة من جهة القياس، والراجح عند الشافعيّة في هذه المسألة أن الكفالة بالبدن صحيحة كما هو منصوص عن الإمام الشافعيّ في أكثر كتبه. انظر المراجع السابقة.

(٣) انظر: تكملة المجموع للمطيعي ٤١/١٤، والمحلى لابن حزم ٤٠٧/٦.

أدلة القول الأول:

١-قوله تعالى: ﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾ (١)، وجه الاستدلال: أن يعقوب ﷺ طلب من أبنائه ضمانًا قويًا، وهو أن يعاهدوا الله عهدًا موثقًا أن يعيدوا إليه ابنه الصغير، فقدموا لأبيهم المواثيق على ذلك بأن حلفوا له بإعادته معهم، وأكد عليهم أبوهم استرجاعه كما في قوله: ﴿قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾ (٢)، قال القرطبي: "هذه الآية أصل في جواز الحمالة -الكفالة-بالعين والوثيقة بالنفس"(٣).

٢-قوله تعالى: ﴿قَالُوا يَا أَيُّهَا الْعَزِيزُ إِنَّ لَهُ أَبًا شَيْخًا كَبِيرًا فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ إِنَّا نَرَاكَ مِنَ الْمُحْسِنِينَ﴾(٤)، وجه الاستدلال: أنهم قالوا ليوسف خذ أحدنا مكانه حتى يتم إيصال أخوهم إلى أبيه، وهو الذي وُجِدَ صواع الملك في راحلته، وهو دليل على جواز الكفالة بالبدن (٥).

٣-ما جاء عن الصحابيّ الجليل حمزة بن عمرو (٦) أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه بعثه مُصدِّقًا (٧)، فوقع رجل على جارية امرأته، فأخذ حمزة من الرجل كفيلًا حتى قدم على عمر، وكان عمر قد جلده مئة جلدة، فصَدَقَهم وعذره بالجهالة (٨)، وجه الاستدلال: أن في القصة دلالة على مشروعية الكفالة

---

(١) سورة يوسف: الآية ٦٦.

(٢) انظر: الحاوي للماورديّ ٤٦٤/٦.

(٣) تفسير القرطبيّ ٢٢٥/٩. وقد سبقت ترجمة القرطبيّ.

(٤) سورة يوسف: الآية ٧٨.

(٥) انظر: تفسير القرطبيّ ٢٤٠/٩.

(٦) هو حمزة بن عمرو بن عويمر بن الحارث الأسلميّ، يكنى: أبا صالح، وقيل: أبو محمد، كان كثير العبادة، وشهد فتح أفريقية مع عبد الله بن سعد، وكانت له فيها مقامات محمودة، روى له البخاريّ ومسلم وغيرهما تسعة أحاديث، توفي سنة ٦١هـ. انظر: الاستيعاب لابن عبد البر ٣٧٥/١، وأسد الغابة لابن الأثير ٥٣٢/١.

(٧) أي: أخذ الصدقة عاملا عليها. عمدة القاري للعينيّ ١١٤/١٢.

(٨) أخرجه البخاريّ، كتاب الحوالة، باب الكفالة في القرض والديون بالأبدان وغيرها ٩٥/٣ برقم (٢٢٩٠).

بالأبدان، فإن حمزة بن عمرو صحابيّ، وقد أخذ من الرجل كفيلًا ولم ينكر عليه عمر مع كثرة الصحابة حينئذ [١].

٤-ولأن ضمان المال يمتنع منه كثير من الناس، فلو لم يجز الكفالة بالبدن لأدى ذلك إلى حرج شديد من لحوق الضرر بالمكفول له صاحب الحق من عدم استيفاء حقه، وكذلك المكفول عنه إما بحبسه وإما بالتضييق عليه وأهله، فالحاجة ماسة إليها لإحياء حقوق العباد، وقد أمكن العمل بموجبها بأن يُعلمه مكانه فيُخلي بينه وبينه؛ إذ التخلية تسليم، أو يوافقه إذا ادعاه، أو يكرهه بالحضور إلى مجلس الحاكم [٢].

٥-ولأنه لما جاز ضمان ما في الذمة جاز ضمان ذي الذمة؛ إذ لا فرق بين ضمان الحق وبين ضمان من عليه الحق [٣].

أدلة القول الثاني:

١-عدم وجود نص شرعيّ يُرجع إليه أو يثبت هذا النوع من الكفالة [٤].

نوقش من وجهين:

أولًا-لا نسلم عدم وجود نص، بل قد ورد في أدلة القول الأول ما يدل على مشروعية الكفالة بالبدن.

ثانيًا-أن الأصل في المعاملات الحل والإباحة، ومن يدعي خلافه فعليه الدليل.

٢-استدلوا بالمعقول فقالوا: إذا تكفل الكفيل ببدن المكفول عنه على أن يحضره ببدنه، فغاب المكفول عنه فماذا تصنعون بالكفيل؟ أتلزمونه غرامة؟ أم تتركونه؟ أم تكلفونه طلبه؟ فالأول جور

---

(١) انظر: فتح الباري لابن حجر ٤/٤٧٠.
(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٤/١٤٧، وكشاف القناع للبهوتيّ ٣/٣٧٥.
(٣) الحاوي للماورديّ ٦/٤٦٢.
(٤) انظر: المحلى لابن حزم ٦/٤٠٧.

وأكل مال بالباطل، والثاني إبطال للكفالة بالبدن، والثالث تكليف الحرج، وما لا طاقة له به ولا قدرة له عليه، وما لم يكلفه الله تعالى إياه قط (١).

نوقش من وجهين:

أولًا–أن الكفالة بالبدن عقد تبرع من جهة الكفيل، ومقتضى هذا العقد هو التزام الكفيل إحضار المكفول عنه، فإذا تكفل الكفيل بإحضار المكفول عنه لزمه إحضاره، ولا نلزمه غرامة المال بحال؛ لأنه لم يلتزم المال بحال.

ثانيًا–أننا لا نسلم أن تكليف الكفيل طلب المكفول عنه والبحث عنه تكليف بالحرج وما لا طاقة ولا قدرة عليه، فإن أعوان القاضي يُكلفون بطلب المجرمين وإحضارهم عند الحاكم للقضاء، فليس في ذلك تكليف بما لا يطاق، فضلًا عن أن الكفالة بالبدن لا يُقدم عليها إلا من عرف قدرته عليها (٢).

الراجح:

يترجح –والله أعلم–ما ذهب إليه أصحاب القول الأول؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة المخالفين بما لا يدع فيها مستمسكًا، كما أن الحاجة ماسة إلى الكفالة بالبدن إحياءً لحقوق العباد.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء من عليه حد أو قصاص:

تحرير محل النزاع:

أجمع العلماء على أن الكفالة لا تصح بذات الحد والقصاص، بمعنى الاستيفاء منه بدلًا عن المكفول (٣)، واختلفوا في الكفالة في الحد والقصاص بمعنى إحضار المكفول عند إقامة الحد أو القصاص على التفصيل الآتي:

---

(١) انظر: المحلى لابن حزم ٦/٤٠٧–٤٠٨.

(٢) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٩/١٦٣.

(٣) تبيين الحقائق للزيلعيّ ٤/١٥٢، وفتح الباري لابن حجر ٤/٤٧٠.

القول الأول–ذهب جماهير العلماء من الحنفيّة والمالكيّة والشافعيّة في قول والحنابلة إلى عدم صحة الكفالة ببدن من عليه حد أو قصاص، سواء أكان الحق لله تعالى أم لآدميّ، ويكون قولهم هذا استثناء من القول بجواز الكفالة بالبدن (١).

القول الثاني–ذهب الشافعيّة إلى عدم صحة الكفالة ببدن من عليه حد لحق الله من دون من وجب عليه حق لآدميّ، وهذا أيضًا استثناء باعتبار قولهم السابق في جواز الكفالة بالبدن (٢).

أدلة القول الأول:

١–ما جاء عن النبيّ ﷺ أنه قال: «لا كفالة في حد» (٣).

نوقش: أن الحديث ضعيف كما تبين في تخريجه.

٢–أن الكفالة استيثاق، والحدود مبناها على الإسقاط والدرء بالشبهات؛ فلم يدخلها التوثيق (٤).

٣–أن الحد والقصاص يلتزم فيه بإحضار البدن، والبدن لا عوض له في حال تعذر إحضاره؛ إذ لا يمكن الاستيفاء من الكفيل بالإجماع، ومن الحدود ما لا يؤول إلى مال كالزنا والقذف، والإذن

---

(١) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٦٧/١٩، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ٨/٦–٩، والعناية للبابرتي ١٧٧/٧، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ١٥٢/٤، والمدونة للإمام مالك ٤٨٧/٤، ٥٢٧، ٦٤٦، ٦٦٠، والتاج والإكليل للمواق ٦١/٧، ومواهب الجليل للحطاب ٢٥١/٦، وحاشية الدسوقيّ ٣٤٤/٣، والحاوي للماورديّ ٤٦٣/٦، وروضة الطالبين للنوويّ ٢٥٣/٤، وحاشية قليوبي وعميرة ٤٠٩/٢، ونهاية المحتاج للرمليّ ٤٤٧/٤، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٦٣/١٣، وشرح الزركشيّ ١٢٢/٤، وكشاف القناع للبهوتيّ ٣٧٦/٣.

(٢) انظر: الحاوي للماورديّ ٤٦٣/٦، وروضة الطالبين للنوويّ ٢٥٣/٤، ونهاية المحتاج للرمليّ ٤٤٧/٤.

(٣) أخرجه البيهقيّ في الكبرى، كتاب الضمان، باب ما جاء في الكفالة ببدن من عليه حق ١٢٧/٦ برقم (١١٤١٧) قال البيهقيّ: "إسناده ضعيف، تفرَّد به بقيَّة عن أبي محمَّد عمر بن أبي عمر الكَلاعيِّ الدمشقيِّ، وهو من مشايخ بقيَّة المجهولين، ورواياته منكرة"، كما أخرجه ابن عدي في الكامل ٤١/٦ وقال عن عمر الكلاعي: "ليس بالمعروف، حدَّث عن بقية، منكر الحديث عن الثقات" وقال عنه الذهبيّ في الميزان ٢٥١/٣: "وبكل حال هو ضعيف"، كما ضعَّف الحديث ابن حجر في البلوغ ٣٦/٢.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسيّ ١٦٧/١٩، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ١٥٢/٤، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٦٣/١٣.

بالكفالة تسويغ للجاني للهرب مع عدم إمكانية البدل، بخلاف الكفالة في المال ففيها عوض وتعويض بالمال من الكفيل.

دليل القول الثاني:

أن حقوق الآدميين من القصاص ونحوه مبنية على المشاحة، وهي حق ماليّ لازم فأشبه الكفالة بالمال فتجوز الكفالة فيها لتوثيق الحق، بخلاف حدود الله فهي مبنية على المسامحة؛ ولذلك تدرأ بالشبهات ويُقبل الرجوع عن الإقرار فيها (١).

نوقش: بأن مقتضى كون حقوق الآدميين مبنية على المشاحة يقتضي المنع؛ لأن الحد والقصاص لا عوض له من جنسه، فكان القياس المنع احتياطًا لحق الآدمي.

كما نوقشت أدلة القولين بقصة الغامدية التي اعترفت بالزنا وقالت: إنها حبلى من الزنا، فقال لها النبيّ ﷺ: «حتى تضعي ما في بطنك»، فكفلها رجل من الأنصار حتى وضعت... الحديث (٢). وهذا نص في كفالة بدن في حد من حدود الله، فإذا شُرع التوثيق بالكفالة في حقوق الله وهي مبنية على المسامحة فإن حقوق الآدميين من باب أولى؛ لأنها مبنية على المشاحة، كما يمكن مناقشة القولين بالأثر السابق عن حمزة بن عمرو.

يجاب عنه: أن الكفالة في الخبرين ليس المراد بها الكفالة الفقهيّة، بل المراد بها التعهد والضبط عن حال الرجل في خبر حمزة بن عمرو (٣)، والمراد بها في قصة الغامدية القيام بمؤونتها ومصالحها كما في قوله تعالى: ﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا﴾ (٤).

---

(١) انظر: نهاية المحتاج للرمليّ ٤/٤٤٧.

(٢) أخرجه مسلم، كتاب الحدود، باب من اعترف على نفسه بالزنا ٣/١٣٢١ برقم (١٦٩٥).

(٣) انظر: عمدة القاري للعينيّ ١٢/١١٤-١١٥.

(٤) سورة آل عمران: الآية ٣٧، انظر: تفسير القرطبيّ ٤/٧٠.

الراجح:

يترجح والله أعلم مذهب جماهير العلماء وهو عدم صحة الكفالة ببدن من عليه حد أو قصاص؛ لأن الكفالة في البدن في الحقوق المالية إذا تعذرت انتقلت إلى الضمان الماليّ، بخلاف مسألتنا هنا فلا عوض للبدن إذا تعذر إحضاره؛ إذ لا يمكن الاستيفاء من الكفيل في الحد والقصاص، ولأن ذلك يفتح المجال للهرب مع علمه بأن الكفيل لن يلزمه مال ولا قصاص، لاسيما في هذا الزمان الذي قلت فيه الأمانة والخوف من الله؛ وبناء عليه فإن الاستثناء صحيح.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر في استدلالهم بحديث: «لا كفالة في حد»، وهو سبب الخلاف في المسألة.

كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا ثانيًا للاستثناء وهي مصلحة حفظ الحقوق؛ لأن الكفالة التي لا يمكن معها استيفاء الحق من الكفيل هي كفالة معدومة الفائدة، بل قد يفوت الحق بهروب المكفول، ولا فائدة تعود لصاحب الحق بإيقاف الكفيل إذا هرب المكفول؛ لأنه لا يمكن الاستيفاء من الكفيل.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار"، وبيان ذلك: أن كفالة بدن من عليه حد أو قصاص كفالة عديمة الفائدة ولا يمكن استيفاء الحق من الكفيل؛ ولذلك فإن هذه الكفالة إضرارٌ بصاحب الحق بتفويت حقه فيما لو هرب المكفول مع عدم إمكان الاستيفاء من الكفيل؛ ولذلك لا تصح هذه الكفالة لما فيها من الضرر على صاحب الحق [(١)].

(١) انظر: شرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ص١٦٥.

المبحث الثالث

المستثنيات في باب الحوالة

وفيه مطلب واحد هو:

استثناء ما إذا كان المحتال عدوًا للمحال عليه من عدم اشتراط رضا المحال عليه في الحوالة (١)، وفيه فرعان:

الفرع الأول-حكم اشتراط رضا المحال عليه في الحوالة:

تحرير محل النزاع:

اتفق الفقهاء على اشتراط رضا المحال عليه إذا لم يكن مدينًا للمحيل (٢)، أما إذا كان مدينًا له فقد اختلف الفقهاء في اشتراط رضاه على قولين:

---

(١) الحوالة في اللغة: من حال يحول حولًا واحتال احتيالًا: إذا تحول من ذات نفسه، وأحال الغريم: زجاه عنه إلى غريم آخر. انظر: لسان العرب لابن منظور ١٩٠/١١ مادة (حول). وفي اصطلاح الفقهاء عرفها الحنفيّة بأنها: نقل الدين من ذمة المحيل إلى ذمة المحتال عليه. على خلاف بينهم هل هي نقل للدين والمطالبة جميعًا فتستلزم براءة المحيل أم نقل للمطالبة فقط ويبقى أصل الدين في ذمة المحيل، فالأول قول أبي يوسف، وهو المعتمد في المذهب، والثاني قول محمد بن الحسن. حاشية ابن عابدين ٣٤٠/٥. وعرفها المالكيّة بأنها: نقل الدين من ذمة بمثله إلى أخرى تبرأ بها الأولى. الشرح الكبير للدردير ٣٢٥/٣. وعرفها الشافعيّة بأنها: عقد يقتضي نقل دين من ذمة إلى ذمة. مغني المحتاج للشربينيّ ١٨٩/٣. وعرفها الحنابلة بأنها: نقل الحق من ذمة المحيل إلى ذمة المحال عليه. المقنع لا بن قدامة مع الشرح الكبير والإنصاف ٩٠/١٣. وهذه التعريفات متقاربة فيما بينها في بيان ماهية الحوالة إلا أنني أرى أن تعريف الحنابلة أحسنها؛ لأن التعبير بالحق أعم، فيدخل فيه الدين وغيره من وديعة ومال مغصوب.

(٢) انظر: العناية للبابرتيّ ٢٣٩/٧-٢٤٠.

القول الأول–ذهب المالكيّة في المشهور عندهم والشافعيّة في الأصح والحنابلة إلى عدم اشتراط رضا المحال عليه في الحوالة (١).

القول الثاني–ذهب الحنفيّة والمالكيّة في قول والشافعيّة في قول إلى اشتراط رضا المحال عليه في الحوالة (٢).

أدلة القول الأول:

١–أن الحق للمحيل، فله أن يستوفي الحق بنفسه، وله أن يستوفيه بغيره كما لو وكل غيره بالاستيفاء (٣).

٢–ولأن بالحوالة يزول ملكه عن الدين كالإبراء، فلما لم يكن رضا المُبَرَّأ معتبرًا في صحة البراءة، لم يكن رضا المحال عليه معتبرًا في صحة الحوالة (٤).

٣–ولأنه محل الحق والتصرف كالعبد المبيع، فلا يشترط رضاه (٥).

أدلة القول الثاني:

١–لأنه يلزمه الدين ولا لزوم من دون التزامه (٦).

نوقش: أن الحق للمحيل في استيفاء الحق بنفسه أو بوكيله، والتزام المحال عليه في الدين واحد في الحالين، فلا ضرر عليه.

---

(١) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٨٣/٤، ومواهب الجليل للحطاب ٩١/٥، وشرح الخرشيّ ١٦/٦، وحاشية الدسوقيّ ٣٢٥/٣، والحاوي للماورديّ ٤١٨/٦، وروضة الطالبين للنوويّ ٢٢٨/٤، ونهاية المحتاج للرمليّ ٤٢٣/٤، والمغني لابن قدامة ٣٩٥/٤، وشرح الزركشيّ ١١٤/٤، وشرح منتهى الإرادات ١٣٦/٢.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٦/٦، والعناية للبابرتي ٢٣٩/٧، وحاشية ابن عابدين ٣٤١/٥، وشرح الخرشيّ ١٦/٦، وحاشية الدسوقيّ ٣٥٢/٣، والحاوي للماورديّ ٤١٨/٦، وروضة الطالبين للنوويّ ٢٢٨/٤، ومغني المحتاج للشربينيّ ١٩٠/٣.

(٣) انظر: انظر الحاوي للماورديّ ٤١٨/٦، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٠٢/١٣.

(٤) الحاوي للماورديّ ٤١٨/٦.

(٥) مغني المحتاج للشربينيّ ١٩٠/٣.

(٦) انظر: العناية للبابرتي ٢٩٣/٧، وحاشية ابن عابدين ٣٤١/٥.

٢-ولأنه ربما كان صاحب الدين أسهل اقتضاءً وأسهل معاملة وأسمح قبضًا، فلا يرضى من عليه الدين بمعاملة غيره أو أن يكون مدينًا لغيره؛ لأن الناس متفاوتون في طلب الدين، فبعضهم يمهل ويتسامح، وبعضهم يتعجل ويتشدد؛ فلذلك لا بد من رضا المحال عليه [١].

نوقش: أن هذه الاحتمالات نادرة الوقوع فلا ينبغي أن تؤثر على الحكم العام؛ لأن النادر لا حكم له، فإذا حصل منها شيء فيعتبر كل بحسبه ويكون من باب الضرورة أو الحاجة.

الراجح:

يترجح -والله أعلم- القول الأول؛ لقوة أدلتهم ومناقشتهم أدلة المخالفين بما لا يدع فيها مستمسكًا.

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء ما إذا كان المحتال عدوًا للمحال عليه:

يرد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة؛ إذ استثنى المالكيّة ما إذا كان المحتال -من له الدين- عدوًا للمحال عليه فإنه في هذا الحالة يشترط رضا المحال عليه [٢]، ودليلهم على ذلك: أن جانب المحال أقوى؛ لأنه يطالب بحقه، فإذا وافق ذلك عداوة فإن ذلك فرصة للتشفي في المحال عليه والمبالغة في إيذائه [٣].

الراجح:

يظهر -والله أعلم- صحة الاستثناء؛ لأن الحوالة مع العدواة تَجُرُّ غالبًا إلى المضارَّة، وقاعدة الشريعة: "لا ضرر ولا ضرار"، فيشترط في حالة العداوة رضا المحال عليه.

سبب الاستثناء:

المصلحة: وهي مصلحة المحال عليه؛ لأن في تسليط عدوه عليه مع قوة جانب المحتال وضعف جانب المحال عليه مظنة للإضرار والتشفي؛ فلذلك كان لا بد من رضاه في هذه الحالة لمصلحته.

---

(١) انظر: الحاوي للماورديّ ٤١٨/٦.

(٢) انظر: شرح الخرشيّ ١٦/٦، ومنح الجليل لمحمد عليش ١٧٩/٦.

(٣) انظر: حاشية الصاوي على الشرح الصغير ٤٢٤/٣.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "الضرر يُدفع قدر الإمكان" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار"، وبيان ذلك: أن تسليط العدو على عدوه مع قوة جانبه مظنة للإضرار والتشفي؛ فلذلك وجب دفع هذا الضرر قبل وقوعه قدر الإمكان باشتراط رضا المحال عليه في هذه الحوالة، وإعطائه الفسحة في ذلك [١].

---

(١) انظر: شرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ص٢٠٧.

الباب الثاني

المستثنيات الفقهيّة في التصرفات المالية

وفيه فصلان:

الفصل الأول–المستثنيات الفقهيّة في التصرفات المالية المشروعة.

الفصل الثاني–المستثنيات الفقهيّة في التصرفات المالية غير المشروعة.

الفصل الأول

المستثنيات الفقهيّة في التصرفات المالية المشروعة

وفيه أربعة مباحث:

المبحث الأول–المستثنيات في باب الحجر.

المبحث الثاني–المستثنيات في باب الوكالة.

المبحث الثالث–المستثنيات في باب إحياء الموات.

المبحث الرابع–المستثنيات في باب اللُّقطة.

المبحث الأول

المستثنيات في باب الحجر

وفيه مطلبان:

المطلب الأول–استثناء الأب من عدم الجواز لولي الصبيّ والمجنون أن يشتري من مالهما شيئًا لنفسه ولا أن يبيعهما شيئًا من نفسه.

المطلب الثاني–استثناء حال المصلحة من عدم جواز بيع عقار الصبيّ والمجنون من قبل الولي.

المطلب الأول

استثناء الأب من عدم الجواز لولي الصبيّ والمجنون أن يشتري من مالهما شيئًا لنفسه ولا أن يبيعهما شيئًا من نفسه

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم شراء ولي الصبيّ والمجنون من مالهما شيئًا لنفسه أو بيعهما شيئًا من نفسه:

اتفقت المذاهب الأربعة على أنه لا يجوز لولي الصبيّ والمجنون أن يشتري من مالهما شيئًا لنفسه ولا أن يبيعهما شيئًا من نفسه (١)، ودليلهم على ذلك: أن حقوق العقد ترجع إلى العاقد، فيصير الواحد مُطالِبًا ومُطالَبًا، مُسَلِّمًا ومُتَسَلِّمًا، وهو محال؛ لأن طبيعة العقود تقتضي وجود إيجاب وقبول، فيجب أن يحصل القبول من شخص والإيجاب من شخص آخر؛ لأن كلًّا من الطرفين يحاول الربح من الآخر، ولا يتأتّى لعاقد واحد أن يحقق غرضين متعارضين لشخصين مختلفين في صفقة واحدة، فإذا تولى طرفي العقد شخص واحد فإن ذلك مظنة للتهمة في أن يطلب حظ نفسه(٢).

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء الأب:

اتفقت المذاهب الأربعة على استثناء الأب من المسألة السابقة؛ فأجازوا له أن يشتري من مال الصبيّ والمجنون شيئًا لنفسه وأن يبيعهما شيئًا من نفسه (٣)، ودليلهم على ذلك: أن التهمة في حق

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٢١١/٥، وحاشية الدسوقيّ ٢٩٩/٣، ومنح الجليل لحمد عليش ١٠٥/٦، وروضة الطالبين للنوويّ ١٨٨/٤، والأشباه والنظائر للسيوطيّ ص٢٦٥، ومغني المحتاج للشربينيّ ١٥٤/٣، وتكملة المجموع للمطيعي ٣٥٠/١٣، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٧١/١٣، وشرح منتهى الإرادات للبهوتيّ ١٧٦/٢.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٢١/٥، وشرح منتهى الإرادات للبهوتيّ ١٧٦/٢.

(٣) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٥٤/٥، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٢١/٥، وحاشية الدسوقيّ ٢٩٩/٣، ومنح الجليل لمحمد عليش ١٠٥/٦، وروضة الطالبين للنوويّ ١٨٨/٤، وشرح منتهى الإرادات للبهوتيّ ١٧٦/٢. واشترط

الأب وولده منتفية؛ إذ من طبعه الشفقة عليه والميل له، وترك حظ نفسه لحظه، ولأنه لا يُقدِم على شيء إلا وفيه مصلحة لولده؛ لأن الولد وماله لأبيه (١).

نوقش: بعموم دليل المسألة السابقة (٢).

يجاب عنه: أن الأب يلي بنفسه فجاز أن يتولى طرفي العقد، كالسيد يُزَوِّج عبده أمته، ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق بالعاقد (٣).

الراجح:

يترجح –والله أعلم–صحة الاستثناء؛ لأن الحكم يدور مع علته وجودًا وعدمًا، فالعلة هي التهمة، فلما انتفت هنا انتفى الحكم وهو عدم الجواز.

سبب الاستثناء:

الاستحسان، وبيان ذلك: أن الأب لكمال شفقته قام مقام شخصين، وعبارته مقام عبارتين، ورأيه مقام رأيين، فيُجعل كأنه باعه منه وهو بالغ ثم تحمل الحقوق بحق الأبوة لا بحكم العقد نيابة عنه(٤).

=بعضهم انتفاء الضرر عن الولد، وهذا وإن لم ينص عليه الآخرون إلا أن الجميع يتفق على أن الواجب على الولي عمومًا العمل لحظ من تحته.

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٢١/٥، ومنح الجليل لمحمد عليش ١٠٥/٦.

(٢) وهذا اختيار زفر من الحنفيّة إذ إنه لم يستثنِ الأب في هذه المسألة. انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٥٤/٥.

(٣) انظر: الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٧١/١٣.

(٤) تبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٢١/٥.

المطلب الثاني

استثناء حال المصلحة من عدم جواز بيع عقار الصبيّ والمجنون من قبل الولي

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم بيع عقار الصبيّ والمجنون من قبل الولي:

اختلف العلماء في هذه المسألة على قولين:

القول الأول–ذهب متأخرو الحنفيّة وهو المفتى به عندهم وهو قول المالكيّة والشافعيّة والحنابلة إلى عدم جواز بيع عقار الصبيّ والمجنون [١].

القول الثاني–ذهب متقدمو الحنفيّة إلى جواز بيع عقار الصبيّ والمجنون من قبل الولي [٢].

دليل القول الأول: لأننا نأمر الولي بشراء العقار لما فيه من الحظ والمصلحة؛ لأن العقار مُحصَّنٌ بنفسه لا يُخشى عليه التلف، وفي بيعه تفويتٌ لهذا الحظ [٣].

دليل القول الثاني: القياس على غير العقار، فكما يجوز للولي التصرف في غير العقار فكذلك يجوز له التصرف في العقار بجامع الولاية في كلٍّ [٤].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٢١٢/٦–٢١٣، والعناية للبابرتي ٥١٠/١٠، وحاشية ابن عابدين ٧١١/٦، والمدونة للإمام مالك ٣٣٥/٤، وشرح الخرشيّ ٣٠٠/٥، ومنح الجليل لمحمد عليش ١٠٦/٦، والمهذب للشيرازيّ ١٢٧/٢، والبيان في مذهب الشافعيّ للعمراني ٢١٠/٦، وروضة الطالبين للنوويّ ١٨٧/٤، وتحفة المحتاج للهيتميّ ١٨١/٥، وتكملة المجموع للمطيعي ٣٤٨/١٣، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٨٥/١٣، وبدائع الفوائد لابن القيم ٢٠٨/٣

(٢) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٣٤/٢٨.

(٣) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٢١٢/٦–٢١٣.

(٤) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٣٤/٢٨.

نوقش: بأن هذا قياس مع الفارق؛ لأن العقار مُحصَّن بنفسه لا يُخشى عليه التلف، بخلاف غيره فإنه عرضة للتلف والفساد.

الراجح:

يترجح -والله أعلم-القول الأول؛ لقوة دليلهم، ولأن العقار منفعته غالبة وتلفه نادر، والحكم للأعم الأغلب لا القليل النادر.

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء حال المصلحة:

يرد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة؛ إذ إنهم اتفقوا على استثناء حال المصلحة مع اختلافهم في حصرها، فمنهم من حصرها في صور كمتأخري الحنفيّة والمالكيّة[١]، ومنهم من أطلق ذلك وهم الشافعيّة والحنابلة [٢]، فإذا احتاج الولي لنفقة الصغير والمجنون، أو أن

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٢١٢/٦، والعناية للبابرتيّ ٥١٠/١٠، وحاشية ابن عابدين ٧١١/٦، وشرح الخرشيّ ٣٠٠/٥، وحاشية الدسوقيّ ٣٠٢/٣، ومنح الجليل لمحمد عليش ١٠٦/٦، وصور المصلحة عند الحنفيّة سبعة وهي: (أن يُباع بضعف قيمته، أو لنفقة الصغير، أو دين الميت، أو وصية مرسلة لا نفاذ لها إلا منه، أو لكون غلاَّته لا تزيد على مؤنته، أو خوف خرابه أو نقصانه، أو كونه في يد متغلِّب)، وصورها عند المالكيّة إحدى عشرة صورة وهي: (لحاجة، أو غبطة، أو لكونه موظفًا أي: عليه خراج أي: حِكْرٌ فيباع ويبدل بما لا حِكْرَ عليه، أو لكونه حصة فيستبدل به غيره كاملًا للسلامة من ضرر الشركة، أو قَلَّت غلته وأولى إذا لم يكن له غلة، فيستبدل أي فيباع ليستبدل له خلافه، أو لكونه -أي مسكنه-بين ذميّين وإن قلوا فيستبدل له مسكن بين مسلمين، لا عقاره الذي للتجر أو الكراء لغلوه غالبًا بين ذميّين، أو لكونه بين جيران يُخشى منهم الضرر في الدين أو الدنيا، أو لإرادة شريكه بيعًا فيما لا ينقسم ولا مال له يشتري له به حصة الشريك، أو لخشية انتقال العمارة عنه فيصير منفردًا عنها، أو لخشية الخراب ولا مال له يعمر به، أو له مال والبيع أولى من العمارة لغرض من الأغراض).

(٢) انظر: المهذب للشيرازيّ ١٢٧/٢، والبيان في مذهب الشافعيّ للعمرانيّ ٢١٠/٦، وروضة الطالبين للنوويّ ١٨٧/٤، وتحفة المحتاج للهيتميّ ١٨١/٥، وتكملة المجموع للمطيعي ٣٤٨/١٣، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٣٨٥/١٣، وبدائع الفوائد لابن القيم ٢٠٨/٣. وللحنابلة وجه أنه يجوز بيع العقار في حال الضرورة فقط، ولكن الصحيح من المذهب جواز بيعه إذا كان فيه مصلحة وهو ظاهر كلام الإمام أحمد. انظر: الإنصاف للمرداويّ مع المقنع والشرح الكبير ٣٨٦/١٣.

العقار طُلِب بأكثر مما يُطلب عادة فإنه يجوز للولي بيعه للمصلحة؛ لأن المنع إنما كان لمصلحة الصبيّ فإذا تحققت مصلحة راجحة فإنه يجوز البيع.

الراجح:

يترجح –والله أعلم–صحة الاستثناء؛ لأن الواجب على الولي العمل بالأحظ والأصلح، كما أن الأحوط في ذلك أن يكون البيع بإذن القاضي للمبالغة في الاحتياط في حق الصغير والمجنون، وإذن القاضي لا يكون إلا بعد شهادة الخبراء في إثبات مصلحة البيع لهما، وهذا ما عليه العمل في المملكة العربية السعودية.

سبب الاستثناء:

المصلحة، وهو ظاهر في تعلق الحكم بالمصلحة فّإذا رجحت جاز البيع وإذا انعدمت أو قلّت فإن المنع يتوجه.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بقواعد عِدّة هي: "لا ضرار ولا ضرر"، وبالقاعدة الفقهيّة: "الضرورات تبيح المحظورات"، وبالقاعدة الفقهيّة: "الحاجة تُنزَّل منزلة الضرورة عامة كانت أو خاصة" المندرجتين تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "المشقة تجلب التيسير"؛ لأن حقيقة المصلحة هي إما جلب منفعة وإما دفع مضرة عن الصغير والمجنون، والمنفعة إما تندرج تحت الحاجة أو الضرورة بحسب قوتها وحاجتهما لها [1].

---

(١) انظر: المنثور في القواعد الفقهيّة للزركشيّ ٣١٧/٢، والأشباه والنظائر للسيوطيّ ص٣٨٦،٨٣، وشرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ص٢٠٩.

المبحث الثاني

المستثنيات في باب الوكالة

وفيه ثلاثة مطالب:

المطلب الأول-استثناء الصبيّ المميز المأذون له بالتصرف من عدم جواز التوكيل للصبي المميز.

المطلب الثاني-استثناء البيع بغير نقد البلد والبيع نَسَاء من جواز البيع للوكيل المطلق في البيع.

المطلب الثالث-استثناء المعاصي والأيمان مما يصح التوكيل فيه من الحقوق.

المطلب الأول

استثناء الصبيّ المميز المأذون له بالتصرف من عدم جواز التوكيل [١] للصبي المميز

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم التوكيل للصبي المميز:

اتفق الفقهاء على جواز توكيل الصبيّ المميز –أي توكيله لغيره–في تصرفات نافعة له نفعًا محضًا كقبول الهبة والهدية، كما اتفقوا على عدم جواز توكيله فيما كان ضارًّا ضررًا محضًا، أما التصرفات الدائرة بين النفع والضر كالبيع والشراء والإجارة ونحوها فإن المذاهب الأربعة اتفقت على عدم جواز توكيل الصبيّ المميز، ولم أقف على مخالف لهم [٢]، ودليلهم على ذلك:

١–ما جاء عن النبيّ ﷺ أنه قال: «رُفِعَ القلم عن ثلاثة –ومنهم–وعن الصبيّ حتى يكبر» [٣]، وجه الدلالة: أن مقتضى الحديث إسقاط أقوال الصبيّ قبل بلوغه وكذلك أفعاله [٤].

---

(١) الوكالة في اللغة: قال ابن فارس: الواو والكاف واللام أصل صحيح يدل على اعتماد غيرك في أمرك... وسمي الوكيل لأنه يُوْكَل إليه الأمر. مقاييس اللغة ١٣٦/٦ مادة (وَكَلَ). وفي اصطلاح الفقهاء عرفها الحنفيّة بأنها: "إقامة الغير مقام نفسه في التصرف الجائز المعلوم ممن يملكه". تبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٥٤/٤، وعرفها المالكيّة بأنها: "نيابة ذي حق غير ذي إِمْرَةٍ ولا عبادة لغيره فيه غير مشروطة بموته". شرح حدود ابن عرفة للرصاع ص٣٢٧، وعرفها الشافعيّة بأنها: "تفويض شخص أمره إلى آخر فيما يقبل النيابة ليفعله في حياته" انظر: أسنى المطالب للسنيكيّ ٢٦٠/٢، وإعانة الطالبين للبكري ١٠٠/٣. وعرفها الحنابلة بأنها: "استنابة جائز التصرف مثله فيما تدخله النيابة". كشاف القناع للبهوتيّ ٤٦١/٣. وهذه التعريفات متقاربة فيما بيمها في بيان ماهية الوكالة.

(٢) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٢٠/٦، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٥٤/٤، والفتاوى الهندية ٥٦١/٣، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣٨٤/٣، ومنح الجليل لمحمد عليش ٨٩/٦، ومغني المحتاج للشربينيّ ٢٣٢/٣، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٤١٥/١٣، ٤٤٠.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) انظر: المجموع للنوويّ ١٥٦/٩.

٢-أن الوكيل يستفيد ولاية التصرف من موكله ويقدر على التصرف من قِبَلِه، فلا يُتصور أن يستفيد الولاية ممن لا ولاية له ولا قدرة له على التصرف، فإذا عجز الموكِّل عن التصرف فيما وكَّل فيه فوكيله من باب أولى [١].

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء الصبيّ المميز المأذون له بالتصرف:

صورة المسألة: إذا كان الصبيّ المميز مأذونًا له بنوع من التجارات فأراد أن يوكِّل في هذا النوع المأذون له فيه فإن الحنفيّة والمالكيّة والحنابلة أجازوا له التوكيل في هذه الحالة، ويكون ذلك مستثنى من قولهم في المسألة السابقة [٢]، ودليلهم على ذلك:

١-لأنه يملك التصرف بنفسه فمَلَكه بنائبه كالمالك الرشيد.

٢-ولأن المأذون له قائم مقام الآذِن فيما هو مأذون فيه [٣].

٣-ولأن الصبيّ المميز ممنوع من التصرف لحظ نفسه، فإذا أذن له وليه فإنه لا يأذن له إلا فيما له مصلحه، فإذا تحقق ذلك فإن علة النهي تنتفي.

الراجح:

يترجح -والله أعلم-صحة الاستثناء؛ لقوة أدلته، ولأن الإذن في التصرف يتضمن التوكيل وغيره من التصرفات المشروعة.

سبب الاستثناء:

القياس، وهو قياس الصبيّ المميز المأذون له بالتصرف على المالك الرشيد؛ بجامع ملكية التصرف في كلٍّ.

---

(١) تبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٥٤/٤، ونهاية المحتاج للرمليّ ١٦/٥.

(٢) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٥٤/٤، والفتاوى الهندية ٥٦١/٣، وحاشية ابن الشَّاط على الفروق ٢٣٧/٣، وحاشية الصاوي على الشرح الصغير ٣٨٤/٣، ومنح الجليل لمحمد عليش ٢٣٢/٣، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٤١٥/١٣، ٤٤٠.

(٣) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٤١٦/١٣.

كما يمكن عَدّ المصلحة سببًا ثانيًا للاستثناء؛ لأن إذن الولي بالتصرف غالبًا لا يكون إلا فيما هو مصلحة للصغير المميز باعتبار أن الولي يعمل بالأصلح لحال الصغير.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة الكبرى: "المشقة تجلب التيسير"؛ لأن التزام الولي بكل مسؤوليات الصغير قد يكون فيها مشقة عليه لا سيما التصرفات الصغيرة التي تكون مصلحتها ظاهرة والصغير يميزها، ففي الإذن للصغير تيسيرًا عليهما، فهو تيسير على الصغير في التوكيل وهذا مصلحة للصغير، ومصلحته للولي في تخفيف العبء عليه (١).

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٦٤.

المطلب الثاني

استثناء البيع بغير نقد البلد والبيع نَسَاء من جواز البيع للوكيل المطلق في البيع

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم البيع للوكيل المطلق في البيع:

المراد بالمسألة: إذا وكّل رجلٌ آخرَ في البيع وأطلق المُوَكِّل البيع فإن الوكيل له البيع بمطلق الوكالة كيفما شاء استنادًا إلى مشروعية الوكالة التي أجمع العلماء عليها في الجملة، قال ابن قدامة: "وأجمعت الأمة على جواز الوكالة في الجملة" (١)، وقد نقل ذلك جمع من أهل العلم (٢)، ومستندهم في ذلك:

١–قوله تعالى: ﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ﴾ (٣)، قال الإمام الماورديّ عقب استدلاله بهذه الآية: "فلما أضاف الوَرِقَ إلى جميعهم، وجعل لهم استنابة أحدهم؛ دل على جواز الوكالة، وصحة الاستنابة" (٤).

٢–قوله تعالى: ﴿فَإِنْ كَانَ الَّذِي عَلَيْهِ الْحَقُّ سَفِيهًا أَوْ ضَعِيفًا أَوْ لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ﴾ (٥)، قال الإمام الماورديّ أيضًا في معرض استدلاله بهذه الآية: "ووجه الدلالة منها: أنه

---

(١) المغني ٦٣/٥. وقد سبقت ترجمة ابن قدامة.

(٢) وممن نقل الإجماع على ذلك: ابن المنذر في كتاب الإجماع ص٨٠، وابن حزم في مراتب الإجماع ص١١١، وابن عبد البر في التمهيد ١٠٨/٢، وابن هبيرة في اختلاف الأئمة العلماء ٤٥٢/١.

(٣) سورة الكهف: الآية ١٩.

(٤) الحاوي ٤٩٣/٦. وقد سبقت ترجمة الماورديّ.

(٥) سورة البقرة: الآية ٢٨٢.

لما جاز نظر الأولياء، ونظرهم إنما يكون بتوصية أب أو تولية حاكم وهما لا يملكان، كان توكيل المالك في ملكه أجوز" (١).

٣-ما جاء عن أبي هريرة ﷺ أنه قال: «وكلني رسول الله ﷺ بحفظ زكاة رمضان...» (٢)، ودلالته على الوكالة ظاهرة.

٤-ولأن الحاجة داعية إلى ذلك؛ فإنه لا يمكن كل واحد فعل ما يحتاج إليه، فدعت الحاجة إليها(٣).

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء البيع بغير نقد البلد والبيع نَسَاء:

أولًا-التحقيق في استثناء البيع بغير نقد البلد:

اتفق الفقهاء على عدم جواز البيع بغير نقد البلد في الوكيل المطلق في البيع، وقد نقل الإجماع على ذلك ابن المنذر (٤)؛ وبناء عليه يكون هذا استثناء من قولهم في المسألة السابقة (٥)، ومستند الإجماع:

١-القياس على الشراء، فكما لا يجوز للوكيل في الشراء أن يشتري بغير نقد البلد فكذلك البيع بجامع المعاوضة في كلٍّ (٦).

٢-ولأن إطلاق النقد ينصرف إلى نقد البلد، فهي قرينة عرفية عليه (٧).

وبناء عليه يكون الاستثناء صحيحًا بدليل الإجماع.

---

(١) الحاوي ٤٩٣/٦.

(٢) أخرجه البخاريّ، كتاب الوكالة، باب إذا وكَّل رجلًا، فترك الوكيل شيئًا فأجازه المُوَكِّل فهو جائز، وإن أقرضه إلى أجل مسمى جاز ١٠١/٣ برقم (٢٣١١).

(٣) المغني لابن قدامة ٦٣/٥.

(٤) انظر: الإجماع لابن المنذر ص٨٠. وقد سبقت ترجمته.

(٥) انظر: العناية للبابرتي ٤٥/٨، والتلقين لابن نصر ١٧٥/٢، والحاوي للماورديّ ٥٣٩/٦، والمغني لابن قدامة ٩٧/٥، والإنصاف للمرداويّ مع المقنع والشرح الكبير ٤٩٢/١٣.

(٦) انظر: الحاوي للماورديّ ٥٣٩/٦.

(٧) انظر: نهاية المحتاج للرمليّ ٣١/٥، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٣٤٩١.

سبب الاستثناء:

الإجماع: وقد نقل الإجماع على ذلك ابن المنذر ووافقته المذاهب الأربعة، ولم أقف على مخالف لهم.

كما يمكن عَدُّ القياس سببًا ثانيًا للاستثناء؛ إذ قاسوا تحريم البيع بغير نقد البلد على تحريم الشراء؛ بجامع المعاوضة في كلٍّ.

كما يمكن عَدّ العرف سببًا ثالثًا للاستثناء؛ إذ إن استعمال الناس وتعارفهم على نقد معين قرينة على أنه المقصود من الإطلاق.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "العادة مُحكَّمة"، فإذا تعارف الناس واعتادوا التعامل بنقد معين من دون اشتراط صريح فهو مرعي، ويعد بمنزلة الاشتراط الصريح (١).

ثانيًا–التحقيق في استثناء البيع نَسَاء:

ذهب المالكيّة والشافعيّة والحنابلة إلى عدم جواز البيع نَسَاء للوكيل المطلق في البيع، والواجب عليه أن يبيع حالًا (٢)، ويكون هذا مستثنى من مشروعية الوكالة في الفرع الأول من هذا المطلب، ودليلهم على ذلك: أن الأصل في البيع والمعتاد هو الحلول، مع ما يعتري النَّسَاء من تعريض مال المُوكِّل للخطر (٣).

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٤، وشرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ص٢٣٧.

(٢) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٨٧/٤، والتلقين لابن نصر ١٧٥/٢، والتاج والإكليل للمواق ١٨٢/٧، والحاوي للماورديّ ٥٣٩/٦، ونهاية المحتاج للرمليّ ٣١/٥، والمغني لابن قدامة ٩٧/٥، وكشاف القناع للبهوتيّ ٤٧٤/٣.

(٣) انظر: الحاوي للماورديّ ٥٤٠/٦، ونهاية المحتاج للرمليّ ٣١/٥، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٤٩١/١٣.

نوقش: بأن بيع النسيئة متعارف عليه فأشبه الحال، ومطلق الكلام ينصرف إلى المتعارف [1].

يجاب عنه: بعدم التسليم؛ لأن النَّسَاء وصف زائد في البيع وهو خلاف المعتاد، ولا يتعامل به الناس إلا بالنص عليه.

وإذا سلمنا بأنه متعارف عليه، فإن في النَّسَاء خطورة يجب صون المُوَكِّل منها [2].

سبب الاستثناء:

العرف، وهو ما تعارف عليه الناس من أن الأصل في البيع أن يكون حالًا.

كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا ثانيًا للاستثناء وهي مصلحة صون المُوكِّل من خطورة التعامل بالنَّسَاء.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "العادة مُحكَّمة" فإذا اعتاد الناس طريقة معينة في البيوع كما هو العمل في الحلول فإنه ينصرف إليه في حال الإطلاق، ويكون في حكم المشروط [3].

---

(١) انظر: تبيين الحقائق للزيلعيّ ٤/٢٧٠.

(٢) انظر: مهاية المحتاج للرمليّ ٥/٣١.

(٣) انظر: الأشباه والنظائر لابن نجيم ص٨٤، وشرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ص٢٣٧.

المطلب الثالث

استثناء المعاصي والأيمان [1] مما يصح التوكيل فيه من الحقوق

وفيه فرع واحد [2] هو:

التحقيق في استثناء المعاصي والأيمان:

المراد بالمسألة: إذا أراد رجلٌ التوكيلَ في معاملة مالية محرمة أو التوكيل في يمين متوجهة عليه فلا يجوز له ذلك، وقد اتفق الفقهاء على عدم جواز التوكيل في المعاصي والأيمان [3]، وقد نقل ابن هبيرة الاتفاق على ذلك [4]، ودليلهم على ذلك:

١-أن المعاصي لا يجوز للمُوكِّل فعلها أصالة؛ وإذا لم يجز له فعلها بنفسه فلا يجوز له أن يوكل بها، والقاعدة في باب الوكالة أن كل عقد جاز أن يعقده الإنسان بنفسه جاز أن يوكل به غيره [5].

٢-ولأن الأيمان تعلقت بعين الحالف؛ لأن مقصود الشارع أن يُعلم الصادق من الكاذب، فإذا جاء أحد يوكِّل غيره أن يحلف فإنه يدفع رهبة الشرع في حلفه باليمين، ولو ساغ ذلك لأمكن للشخص أن يفر من تبعة اليمين بتوكيل غيره [6].

٣-ولأن الأيمان فيها تعظيم لله فأشبهت العبادات المحضة [7].

---

(١) ويدخل في الأيمان: الإيلاء واللعان والقسامة والظهار. انظر: المهذب للشيرازيّ ١٦٢/٢.

(٢) أصل هذه المسألة هي مشروعية الوكالة وقد سبق الكلام عنها في المطلب السابق.

(٣) انظر: روضة القضاة لابن السمنانيّ ٦٣٦/٢، والاختيار لتعليل المختار لابن مودود الموصليّ ١٥٦/٢، والبناية للعينيّ ٢١٧/٩، وفتح القدير لابن الهمام ٥٠١/٧، والشرح الكبير للدردير ٣٨٠/٣، والمهذب للشيرازيّ ١٦٢/٢، ونهاية المحتاج للرمليّ ٢٣/٥، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٤٤٣/١٣، وكشاف القناع للبهوتيّ ٤٦٥/٣.

(٤) انظر: اختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة ٤٥٦/١. وقد سبقت ترجمة ابن هبيرة.

(٥) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٥٠١/٧، واختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة ٤٥٦/١.

(٦) انظر: الشرح الكبير للدردير ٣٨٠/٣، ونهاية المحتاج للرمليّ ٢٣/٥.

(٧) انظر: حاشية ابن قاسم على الروض المربع ٢٠٩/٥.

وبناء عليه فإن الاستثناء صحيحٌ باتفاق العلماء.

سبب الاستثناء:

الإجماع: وهو ظاهر فيمن ساق الاتفاق على ذلك، ولم أقف على مخالف له.

كما يمكن عَدّ القياس سببًا ثانيًا لاستثناء الأيمان، وهو ظاهر في قياسهم الأيمان على العبادات المحضة؛ بجامع تعظيم الله في كلٍّ.

كما يمكن عَدّ المصلحة سببًا ثالثًا في استثناء الأيمان، وهي تتجلى في مقصود اليمين وهي معرفة الصادق من الكاذب في ترهيب الحالف، والتوكيل فيها يُفقد اليمين مقصودها.

المبحث الثالث

المستثنيات في باب إحياء الموات

وفيه مطلب واحد هو:

استثناء الأرض المملوكة لمعين وما تتعلق به مصالح القرية من جواز التملك بالإحياء:

وفيه فرعان:

الفرع الأول-مشروعية تملك الأرض بالإحياء:

أجمع المسلمون على جواز إحياء الموات والتملك به، وقد نقل الإجماع على ذلك جمع من أهل العلم كالموفق ابن قدامة (١)، وشمس الدين ابن قدامة (٢)، وبرهان الدين ابن مفلح (٣)، والمرداويّ (٤)، والشربينيّ (٥)،

(١) انظر: المغني لابن قدامة ٤١٦/٥. والموفق ابن قدامة سبقت ترجمته.

(٢) انظر: الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف ٧٦/١٦. وشمس الدين ابن قدامة سبقت ترجمته.

(٣) انظر: المبدع ٩٨/٥. وبرهان الدين ابن مفلح هو: أبو إسحاق إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد بن مفلح الحنبليّ، ولد بدمشق سنة ٨١٥هـ، ونشأ بها وحفظ القرآن، صنف شرح المقنع في الفقه، وطبقات الأصحاب مرتبة على حروف المعجم سماه المقصد الأرشد في ترجمة أصحاب الإمام أحمد، وصنف كتابًا في الأصول وغير ذلك، توفي بدمشق سنة ٨٨٤هـ بمنزله بالصالحية، ودفن بالروضة عند أسلافه. انظر: الضوء اللامع للسخاوي ١٥٢/١، وشذرات الذهب لابن العماد ٥٠٧/٩.

(٤) الإنصاف مع المقنع والشرح الكبير ٧٧/١٦. والمرداويّ هو: عليّ بن سليمان بن أحمد المرداويّ ثم الدمشقي، فقيه حنبليّ، شيخ المذهب وإمامه ومصححه ومنقّحه، ولد في (مردا) قرب نابلس سنة ٨١٧هـ، وانتقل في كبره إلى دمشق، واشتغل بالعلم فبرع وفضل في فنون من العلوم، وانتهت إليه رئاسة المذهب، وتوفي فيها سنة ٨٨٥هـ، من كتبه: (الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف). انظر: شذرات الذهب لابن العماد ٥١٠/٩.

(٥) انظر: مغني المحتاج ٤٩٥/٣. والشربينيّ هو: شمس الدّين محمد بن محمد الشربينيّ القاهريّ الشافعيّ الخطيب الإمام العلّامة، درّس وأفتى في حياة أشياخه، وانتفع به خلائق لا يحصون، وأجمع أهل مصر على صلاحه، ووصفوه بالعلم والعمل، والزهد والورع، وكثرة النّسك والعبادة، شرح كتاب (المنهاج) و(التنبيّه) شرحين

وغيرهم [١]، ومستند الإجماع على ذلك:

١-ما جاء عن عائشة ﵂ أنها قالت: قال رسول الله ﷺ: «من أعمر أرضًا ليست لأحد فهو أحق» [٢]، وجه الدلالة: أن الحديث يدل على استحقاق ملكية الأرض الموات لمن أحياها [٣].

٢-ما جاء عن جابر بن عبد الله ﵁ أن النبيّ ﷺ قال: «من أحيا أرضًا ميتة فهي له» [٤]، وهو ظاهر في مشروعية التمليك بالإحياء.

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء الأرض المملوكة لمعين وما تتعلق به مصالح القرية:

أولًا-التحقيق في استثناء الأرض المملوكة لمعين:

المراد بالمسألة: إذا كانت الأرض مملوكة لشخص معين، وكان ملك الشخص لها عن طريق الشراء أو الهبة أو الإحياء [٥] أو نحوها من طرق التملك، فإنه لا يجوز إحياؤها ولا تملكها بإجماع

=عظيمين، جمع فيهما تحريرات أشياخه بعد القاضي زكريا، وأقبل الناس على قراءتهما وكتابتهما في حياته، توفي سنة ٩٧٧هـ. انظر: شذرات الذهب لابن العماد ٥٦١/١٠.

(١) انظر: جواهر العقود للأسيوطيّ ٢٣٨/١، وأسنى المطالب للسنيكيّ ٤٤٤/٢، وتحفة المحتاج للهيتميّ ٢٠٢/٦، وحاشية ابن قاسم على الروض المربع ٤٧٤/٥.

(٢) أخرجه البخاريّ، كتاب المزارعة، باب من أحيا أرضًا مواتًا ١٠٦/٣ برقم (٢٣٣٥).

(٣) انظر: عمدة القاري للعينيّ ١٧٦/١٢.

(٤) أخرجه الترمذيّ في أبواب الأحكام، باب ما ذُكِرَ في إحياء أرض الموات ٦٥٥/٣ برقم (١٣٧٩) وقال: هذا حديث حسن صحيح. وأخرجه النسائيّ في الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب الحث على إحياء الموات ٣٢٣/٥ برقم (٥٧٢٤) بلفظ: «من أحيا أرضا ميتة فله بها أجر، وما أكلت العوافي فله بها أجر»، وقد ذكره البخاريّ في صحيحه بصيغة التمريض فقال: "ويُرْوَى فيه عن جابر: عن النبيّ ﷺ" في كتاب المزارعة، باب من أحيا أرضًا مواتًا ١٠٦/٣ قبل حديث رقم (٢٣٣٥)، قال ابن حجر في تغليق التعليق ٣١٠/٣: "فإن قيل: لم مرضه البخاريّ وصححه الترمذيّ؟ قلت: الترمذيّ اتبع ظاهر إسناده، وأما البخاريّ فإنه عنده معلل للاختلاف فيه على هشام في إسناده ولفظ متنه...وفيه اختلاف غير هذا؛ فلهذا لم يجزم به والله أعلم، وإن كان ظاهر الإسناد الصحة؛ فقد قدمنا أنه ربما مرَّض أحاديث صحيحة الإسناد لعلل فيها".

(٥) جماهير العلماء لا يفرقون بين ما مُلِك بالإحياء وما مُلِك بغيره من جهة الاندثار، ولم يفرق بينهما إلا المالكيّة فقالوا: ما مُلِك بالإحياء ثم تُرِك حتى دَثَرَ وعاد مواتًا، فمن أحياه مرة أخرى فقد ملكه لعموم النصوص في الإحياء،

العلماء ويكون هذا استثناء من مشروعية التملك بالإحياء، وقد نقل الإجماع على ذلك ابن عبد البر[(١)]، والموفق ابن قدامة [(٢)]، وشمس الدين ابن قدامة [(٣)]، وبرهان الدين ابن مفلح [(٤)]، ومستند الإجماع على ذلك:

١-ما جاء في حديث عائشة السابق، وفيه أن النبيّ ﷺ قال: «من أعمر أرضًا ليست لأحد فهو أحق»، وجه الاستدلال: أن النبيّ ﷺ جعل شرط الإحياء عدم ملكية الأرض لأحد، فإذا كانت الأرض مملوكة فلا يصح الإحياء.

٢-ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنهما قال: قال رسول الله ﷺ: «من أخذ شيئًا من الأرض بغير حقه خُسِف به يوم القيامة إلى سبع أَرَضِين» [(٥)]، وجه الاستدلال: أن من أحيا أرضًا وهي مملوكة فإن إحياءه يُعد اعتداءً على حق الغير، يتعرض به العبد إلى العقوبة من الله [(٦)].

وبناء عليه يكون الاستثناء صحيحًا بإجماع العلماء.

سبب الاستثناء:

النص كما في حديثي عائشة وابن عمر رضي الله عنهم.

كما يعد الإجماع سببًا ثانيًا للاستثناء، وهو ظاهر بمن نقل الإجماع من العلماء الذين سبقت الإشارة إليهم.

=والحق ما ذهب إليه الجمهور؛ لأن النص جاء مقيدًا بغير المملوك في قوله: "ليست لأحد" فوجب تقييده بذلك، كما أن القياس يقتضيه؛ فسائر الأموال لا يزول عنها الملك بالترك فكذلك ما مُلِك بالإحياء، بجامع الملك في كلٍّ. انظر: العناية للبابرتي ٧١/١٠، ومواهب الجليل للحطاب ٣/٦، وتكملة المجموع للمطيعي ٢١٠/١٥، والمغني لابن قدامة ٤١٧/٥.

(١) التمهيد ٢٨٥/٢٢، والاستذكار له أيضًا ١٤٦/٣.

(٢) المغني ٤١٦/٥.

(٣) الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف ٧٧/١٦.

(٤) المبدع ٩٨/٥.

(٥) أخرجه البخاريّ، كتاب المظالم والغصب، باب إثم من ظلم شيئًا من الأرض ١٣٠/٣ برقم (٢٤٥٤).

(٦) انظر: كفاية الأخيار لتقيّ الدين الحصنيّ ص٣٠١.

كما يمكن عد المصلحة سببًا ثالثًا للاستثناء وهي مصلحة حفظ أموال الناس، ومعلوم أن المال من الضروريات الخمس التي جاءت الشرائع بحفظها، فلو سُمح للناس بتملك الأراضي المملوكة بإحيائها لأكل الناس أموال بعضهم، وفي هذا ضرر عظيم على الجميع؛ ولهذا جاء الوعيد الشديد كما في حديث ابن عمر السابق.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار"، والضرر المقصود هو الضرر الحاصل على مالك الأرض بانتزاع ملكه منه بإحياء غيره لها، وهذا ضرر خاص، كما أن هناك ضررًا عامًّا وهو عدم استقرار أملاك الناس، وهذا ضرر عظيم يجب درؤه وسد بابه [١].

ثانيًا-التحقيق في استثناء ما تتعلق به مصالح القرية:

المراد بالمسألة: الأرض التي تكون مجاورة للقرية ولأهلها منافع بها، كأن تكون مرعى لماشيتهم، أو محتطبًا لهم، أو يكون فيها طرقهم، أو إليها مسيل مائهم وما أشبه ذلك، فإنه لا يجوز إحياؤها ولا تملك بالإحياء بإجماع العلماء، وتكون هذه المسألة مستثناة من مشروعية التملك بالإحياء، وقد نقل الإجماع على ذلك جمع من أهل العلم كابن عبد البر [٢]، والموفق ابن قدامة [٣]، وشمس الدين ابن قدامة [٤]، وبرهان الدين ابن مفلح [٥]، ومستند الإجماع على ذلك:

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطيّ ص٨٣، وشرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ص١٦٥.

(٢) الاستذكار ١٤٦/٣. وقد سبقت ترجمة ابن عبد البر.

(٣) المغني ٤١٨/٥.

(٤) الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف ٨٩/١٦.

(٥) المبدع ١٠٠/٥.

١–ما جاء عن قَيْلَةَ بنت مَخْرَمَةَ [١] رضي الله عنها أنها قالت: قدمنا على رسول الله ﷺ فتقدم صاحبي – تعني حُرَيْثَ بْنَ حَسَّانَ [٢]–وافد بكر بن وائل [٣]، فبايعه على الإسلام عليه وعلى قومه، ثم قال: يا رسول الله، اكتب بيننا وبين بني تميم [٤] بالدَّهْنَاءِ [٥] ألا يُجاوزها إلينا منهم أحد، إلا مسافر أو مجاور، فقال: «اكتب له يا غلام بالدَّهْنَاءِ»، فلما رأيته قد أمر له بها، شُخِصَ [٦] بي وهي وطني وداري، فقلت: يا رسول الله، إنه لم يسألك السَّوِيَّةَ من الأرض إذ سألك، إنما هي هذه الدَّهْنَاءُ عندك مُقَيَّدُ الجَمَل [٧]، ومرعى الغنم، ونساء بني تميم وأبناؤها وراء ذلك، فقال: «أمسك يا غلام، صَدَقت المسكينة، المسلم أخو المسلم يسعهما الماء، والشجر، ويتعاونان على الفَتَّانِ [٨]» [٩]، وجه

(١) هي قَيْلَةَ بنت مَخْرَمَةَ التميمية من بني العنبر، هاجرت إلى النبيّ ﷺ مع حريث بن حسّان، روى حديثها عبد اللَّه بن حسّان العنبريّ عن جدّتيه: صفيّة ودحيبة ابنتي عليبة، وكانتا ربيبتي قَيْلَةَ، وكانت قَيْلَةُ جدّة أبيها، وكانت تحت حبيب بن أزهر، فولدت له النساء، فتوفي عنها، فانتزعهن عَمَّهن منها، فخرجت إلى النبيّ ﷺ تبتغي الإسلام. انظر: أُسد الغابة لابن الأثير ٢٤٥/٦، والإصابة لابن حجر ٢٨٨/٨.

(٢) حريث والأكثر أنه الحارث بن حسان بن كلدة الربعيّ البكريّ الذهليّ، ولعل حُريث تصغير لاسمه، شهد الجمل مع عليّ، وكانت له صحبة، قَدِم على النبيّ ﷺ أيام بعث عمرو بن العاص في غزوة السلاسل. انظر: الاستيعاب لابن عبد البر ٢٨٥/١، وأُسد الغابة لابن الأثير ٣٨٦/١، والإصابة لابن حجر ٦٦٤/١.

(٣) هي قبيلة تنسب إلى بكر بن وائل بن قاسط بن هنب بن أفصى بن دعمي بن جديلة بن أسد بن ربيعة بن نزار بن معد بن عدنان. الأنساب للسمعانيّ ٢٨٠/٣.

(٤) هي قبيلة تنسب إلى تميم بن مُرّ بن أدّ بن طابخة، وكانت منازلهم بأرض نجد دائرة من هنالك على البصرة واليمامة وانتشرت إلى العذيب من أرض الكوفة، وقد تفرّقوا في الحواضر، ولهم بطون كثيرة. انظر: تاريخ ابن خلدون ٣٧٧/٢.

(٥) الدَّهْنَاء: هي من ديار بني تميم معروفة، تقصر وتمدّ، والنسبة إليها دهناويّ، وهي سبعة أجبل من الرمل في عرضها، بين كل جبلين شقيقة، وطولها من حزن ينسوعة إلى رمل يبرين، وهي من أكثر بلاد الله كلأ مع قلة إغذاء مياه، وإذا أخصبت الدهناء ربّعت العرب جميعًا لسعتها وكثرة شجرها. انظر: معجم البلدان لشهاب الدين الحمويّ ٤٩٣/٢.

(٦) يُقال للرجل إذا أتاه أمر غريب يقلقه ويزعجه: قد شخص به، ولهذا قيل للشيء الناتئ: شاخص. غريب الحديث لأبي عبيد ٥٧/٣–٥٨.

(٧) أي أنّ الجملَ إذا وجدَها كَانَ فيها كالمُقيَّدِ لا يَنْزِعُ إلى غيرها من البلاد. غريب الحديث للخطابيّ ٤٦٢/١.

(٨) أي: الشيطان الذي يفتن الناس عن دِينهم ويضلُّهم. جامع الأصول لابن الأثير ٥٧٩/١٠.

(٩) أخرجه أبو داود، كتاب الخراج والإمارة والفيء، باب في إقطاع الأرَضين ١٧٧/٣ برقم (٣٠٧٠)، وقال الترمذيّ في سننه ١٥٥/٣: "حديث قَيْلَةَ لا نعرفه إلا من حديث عبد الله بن حسان"، قال ابن القطان: "هو عبد الله بن حسان العنبريّ وهو أيضًا غير معروف الحال...ولا أعلم أنه من أهل العلم، وإنما كان عنده هذا الحديث عن جدتيه، فأخذه الناس عنه: منهم أبو داود الطيالسيّ، والمقرىء، وأبو عمر الحوضيّ، وعبد الله بن سوار، وعليّ بن

الاستدلال: أن النبيّ ﷺ لما علم أن الأرض التي أقطعه إياها فيها منافع أهل القرية ومصالحهم رد ذلك، ولم يُمضه له.

٢-ما جاء عن عبد الرحمن بن عوف ﷺ أن رسول الله ﷺ قال: «من أحيا مواتًا من الأرض في غير حق مسلم فهو له، وليس لعِرْقٍ ظالم حق» (١)، وجه الاستدلال: أن الحديث قيَّد جواز الإحياء في غير حق مسلم؛ فدل بمفهومه أن ما كان في حق مسلم لا يجوز فيه الإحياء، فيدخل فيه ما قارب العمران وما تعلقت به مصالح القرية؛ لأنها حق عام للجميع (٢).

٣-أن ما قارب العمران وتعلقت به مصالح القرية يكون من مصلحة ذات المملوك؛ ولذا فإنه يُعطَى حكمه (٣).

وبناء عليه يكون الاستثناء صحيحًا بإجماع العلماء.

سبب الاستثناء:

النص، وهما حديثا قَيْلَةَ وعبد الرحمن بن عوف مع ما يعتريها من ضعف.

كما يُعَدُّ الإجماع سببًا ثانيًا للاستثناء، وهو ظاهر فيمن نقل الإجماع من العلماء الذين سبقت الإشارة إليهم.

=عثمان اللاحقيّ، وحفص بن عمر، وعفان بن مسلم، وموسى بن إسماعيل، فما مثل هذا الحديث صحّح، فاعلم ذلك"، وقال أيضًا: "وهذا غاية في الضعف، فإن أحاديث النساء متقاة، محذورة منها قديمًا من أئمة هذا الشأن، إلا المعلومات منهن الثقات، فأما هؤلاء الخاملات، القليلات العلم، القليلات اللاتي إنما اتفق لهن أن روين أحاديث آبائهن، أو أمهاتهن، أو إخوانهن، أو أخواتهن، أو أقربائهن بالجملة... فإن الغالب في هؤلاء، أنهن من المستورات، كمساتير الرجال". بيان الوهم والإيهام ١٤٦/٥.

(١) أخرجه البزار في مسنده ٣٢٠/٨ برقم (٣٣٩٣)، والطبرانيّ في المعجم الكبير ١٣/١٧، والنسائيّ في الكبرى، كتاب إحياء الموات، باب من أحيا أرضًا ميتة ليست لأحد، ولا في حق أحد، فهي له ٢٣٦/٦ برقم (١١٧٧٧) وفيه كثير بن عبد الله ضعفه أحمد ويحيى بن معين والنسائيّ وابن عدي وابن حجر. انظر: الكامل لابن عدي ١٨٧/٧-١٨٨، ونصب الراية للزيلعيّ ١٧١/٤، ومجمع الزوائد للهيثميّ ١٥٧/٤، والمطالب العالية لابن حجر ٤٦٢/٧، وفتح الباري له أيضًا ١٩/٥.

(٢) انظر: شرح الزركشيّ ٢٦٢/٤.

(٣) انظر: المرجع السابق.

كما تعد المصلحة سببًا ثالثًا للاستثناء؛ لأن المنع إنما كان لمصلحة القرية وحاجتهم.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار"؛ وذلك لأن تملك ما تتعلق به مصلحة القرية كمرعى ماشيتهم ومحتطبهم فيه ضرر على أهل القرية [١]، كما يرتبط الاستثناء بقاعدة أخرى هي: "ما قارب الشيء أُعطِيَ حكمه"، والمراد: أن ما قارب العمران وتعلقت به مصالح القرية يكون من مصلحة ذات المملوك؛ ولذا فإنه يُعطى حكمه، فكما لا يجوز التعرض للمملوك فكذلك ما قاربه يأخذ حكمه [٢].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطيّ ص٨٣.

(٢) انظر: المنثور في القواعد الفقهيّة للزركشيّ ٣/١٤٤.

المبحث الرابع

المستثنيات في باب اللُّقطة

وفيه مطلبان:

المطلب الأول-استثناء العُرُوض ولُقَطة الحرم وما يمتنع من صغار السباع من الضَّوال من جواز تملك اللُّقطة عند تمام التعريف بها.

المطلب الثاني-استثناء ما كان بعد مضي الحول من عدم الضمان في حال تلف اللُّقطة في يد ملتقطها.

المطلب الأول

استثناء العُرُوض ولُقَطة الحرم وما يمتنع من صغار السباع من الضَّوَال من جواز تملك اللُّقَطة [١] عند تمام التعريف بها

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم تملك اللُّقَطة عند تمام التعريف بها:

اختلف العلماء في حكم تملك الملتقط للُّقَطة إذا عرفها ومضى عليها حول على قولين:

القول الأول–ذهب جماهير العلماء إلى أن اللُّقَطة تُملك بالتعريف ومُضِي الحول [٢].

القول الثاني–ذهب الحنفيّة إلى أن اللُّقَطة لا تُملك بالتعريف مطلقًا [٣].

---

(١) اللُّقْطَةُ بتسكين القاف هي: اسم الشيء الذي تجده ملقى فتأخذه. أما اللُّقَطةُ بفتح القاف: هو الرجل اللقاط يتبع اللقطات يلتقطها. انظر: تهذيب اللغة للأزهريّ ١٦/٩ مادة (لقط). لسان العرب لابن منظور ٣٩٢/٧ مادة (لقط).
وفي اصطلاح الفقهاء عرفها الحنفيّة بأنها: "ما يلتقط مما يوجد مطروحًا على الأرض من الأموال من غير الحيوان". تحفة الفقهاء للسمرقنديّ ٣٥١/٣، وعرفها المالكيّة بأنها: "مالٌ وُجِدَ بغير حرز محترمًا ليس حيوانًا ناطقًا ولا نعمًا". شرح حدود ابن عرفة للرصاع، وعرفها الشافعيّة بأنها: "مال أو اختصاص محترم ضاع بنحو غفلة بمحل غير مملوك لم يَجُز ولا عَرَفَ الواجد مستحقه ولا امتنع بقوته" نهاية المحتاج للرمليّ ٤٢٦/٥، وعرفها الحنابلة بأنها: "اسم لما يُلتقط من مال، أو مختص ضائع، وما في معناه، لغير حربيّ، يلتقطه غير ربه" الإقناع للحجاويّ ٤١/٣. وهذه التعريفات متقاربة فيما بينها في بيان ماهية اللُّقطة وإن اختلفت في بعض الشروط مما هو خارج عن الماهية والتي لا يسلم منها أي مصطلح.

(٢) انظر: شرح الخرشيّ ١٢٥/٧، وحاشية الدسوقيّ ١٢١/٤، ومنح الجليل لمحمد عليش ٢٣٤/٨، ونهاية المطلب للجوينيّ ٤٤٦/٨، وأسنى المطالب للسنيكيّ ٤٩٤/٢، وروضة الطالبين للنوويّ ٤١٢/٥، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٣٦/١٦، وكشاف القناع للبهوتيّ ٢١٨/٤.

(٣) انظر: المبسوط للسرخسيّ ٣/١١، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ٢٠٢/٦، والهداية للمرغينانيّ ٤١٨/٢، واستثنى الحنفيّة الفقير فله أن يتملك اللُّقطة؛ لأن النصوص جاءت بجواز تصدُّق الملتقط بها ومن ذلك صدقته على نفسه إن كان فقيرًا، والحق أن النصوص في اللقطة جاءت عامة ولم تُفرق بين الغني والفقير في تملكها بعد التعريف.

دليل القول الأول:

ما جاء عن النبيّ ﷺ لما سأله رجلٌ عن اللُّقَطة فقال له: «اعرف عِفَاصَها ووِكَاءَها [1]، ثم عرفها سنة، فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها» [2]، وفي رواية: «وإلا فاستنفقها» [3]، وفي رواية: «ثم كُلْها» [4]، وفي رواية: «ثم أَفِضْها في مالك» [5]، والمراد: ألقها في مالك واخلطها به [6]، والاختلاف في هذه الألفاظ كلها من الرواية بالمعنى، فاستنفاقها، أو إفاضتها في المال، أو الأمر بأكلها، كل هذه الروايات بمعنى قوله: «فشأنك بها».

أدلة القول الثاني:

١-ما جاء عن عمر بن الخطاب رضي الله عنه أنه قال في اللُّقَطة: "يُعَرِّفْها سنة، فإن جاء صاحبها، وإلا تصدق بها، فإن جاء صاحبها بعدما يتصدق بها، خيَّره، فإن اختار الأجر، كان له، وإن اختار المال، كان له ماله" [7]. وجه الاستدلال: أن عمر رضي الله عنه لم يجعل للملتقط الحق في تملك اللُّقَطة بعد تعريفها سنة.

نوقش من وجهين:

أولًا-أنه موقوف، والموقوف لا يُعارض السنة المرفوعة في الصحيحين وفي غيرهما.

---

(١) العِفَاص هو: الوعاء الذي يكون فيه النفقة إن كان من جلد أو خرقة أو غير ذلك، أما الوِكَاء فهو الخيط الذي تشد به. انظر: غريب الحديث لأبي عبيد ٢٠١/٢.

(٢) أخرجه البخاريّ، كتاب المساقاة، باب شرب الناس والدواب من الأنهار ١١٣/٣ برقم (٢٣٧٢)، وأخرجه مسلم، كتاب اللُّقطة، باب معرفة العِفَاص والوِكاء وحكم ضالة الغنم والإبل ١٣٤٦/٣ برقم (١٧٢٢).

(٣) أخرجها البخاريّ، كتاب اللُّقطة، باب ضالة الإبل ١٢٤/٣ برقم (٢٤٢٧)، وأخرجها مسلم بلفظ: «ثم استنفق منها» في كتاب اللُّقطة، باب معرفة العِفَاص والوِكَاء وحكم ضالة الغنم والإبل ١٣٤٨/٣ برقم (١٧٢٢).

(٤) أخرجها مسلم، كتاب اللُّقطة، باب معرفة العِفَاص والوِكَاء وحكم ضالة الغنم والإبل ١٣٤٩/٣ برقم (١٧٢٢).

(٥) أخرجها أبو داود في سننه، كتاب اللُّقطة، باب التعريف باللُّقطة ١٣٥/٢ برقم (١٧٠٧) وصححه الألبانيّ في تعليقه على السنن.

(٦) معالم السنن للخطابيّ ٨٩/٢.

(٧) أخرجه عبد الرزاق في مصنفه، كتاب اللُّقطة ١٣٩/١٠ برقم (١٨٦٣٠) وجاء عن ابن مسعود نحوه برقم (١٨٦٣١)، كما أخرجه عبد الرزاق في مصنفه في كتاب البيوع والأقضية، في اللُّقطة ما يصنع بها ٤١٤/٤ برقم (٢١٦٣٦)، وهما موقوفان عليهما.

ثانيًا–أنه ثبت عن عمر ﷺ مرفوعًا أنه قال لمن وجد لقطة: "عرفها حولًا"، فلما كان عند قرن الحول لقيه بها، فقال له الملتقط: إني قد عرَّفتها فلم تعترف، فقال عمر: «هي لك، إن رسول الله ﷺ أمرنا بذلك» (١).

٢–ما جاء عن أبي هريرة ﷺ أنه قال في الرجل يجد اللُّقَطة: يعرفها، فإن لم يجد صاحبها تصدق بها، فإن جاء صاحبها خَيَّره، فإن شاء كان له الأجر، وإن شاء أعطاه الثمن، وكان له الأجر (٢).

نوقش من وجهين:

أولًا–أنه موقوف، والموقوف لا يُعارض السنة المرفوعة في الصحيحين وفي غيرهما.

ثانيًا–أن التصدق لا يُنكر أنه أحد الخيارات المتاحة للملتقط، وهو أرفعها، فربما كانت هذه الآثار تدله على ما هو الأفضل له، وهو لا ينافي صحة التملك بوصف اللُّقَطة مالًا لا مالك له بعد أن عُرِّفت فلم تُعرف.

الراجح:

يترجح –والله أعلم–القول الأول؛ لقوة دليلهم ومناقشتهم أدلة المخالفين بما لا يدع فيها مستمسكًا.

(١) أخرجه الدارميّ في سننه، كتاب البيوع، باب في اللُّقطة ١٦٩٣/٣ برقم(٢٦٤١)، والنسائيّ في الكبرى، كتاب اللُّقطة، ذكر الاختلاف على الوليد بن كثير في خبر سفيان بن عبد الله في تعريف اللقطة ٣٤٨/٥ برقم (٥٧٨٧)، والطحاويّ في شرح مشكل الآثار، باب بيان مشكل ما روي عن رسول الله ﷺ في أحكام اللُّقطة ١١٧/١٢ برقم (٤٦٩٥)، والبيهقيّ في الكبرى، كتاب اللُّقطة، باب اللُّقطة يأكلها الغنيّ والفقير إذا لم تعترف بعد تعريف سنة ٣٠٩/٦ برقم (١٢٠٥٩) جميعهم من طريق الوليد بن كثير عن عمرو بن شعيب، عن عمرو وعاصم ابنى سفيان بن عبد الله بن ربيعة. قال الراوي عن الوليد وهو عيسى بن يونس: وكان الوليد ثقة في الحديث عن عمرو ابن شعيب. وأما عمرو وعاصم ابنا سفيان فقد ذكرهما ابن حبان في الثقات ٢٨٧/٣ و١٦٩/٥.

(٢) ذكره الطحاويّ في شرح مشكل الآثار في باب بيان مشكل ما روي عن رسول الله ﷺ في أحكام اللُّقطة ١٢٨/١٢ برقم (٤٧٠١).

الفرع الثاني

التحقيق في استثناء العُرُوض ولقطة الحرم وما يمتنع من صغار السباع من الضَّوَال

أولًا-التحقيق في استثناء العُرُوض [1]:

يرد الاستثناء على القول الأول في المسألة السابقة؛ إذ ذهب بعضهم إلى استثناء العُرُوض من اللُّقَطة التي يصح تملكها بعد تعريفها حولًا كاملًا وهو ظاهر مذهب الحنابلة ومن مفرداتهم [2]، ودليلهم على ذلك:

١-ما جاء عن سُويد بن غَفَلة [3]، قال: لقيت أُبي بن كعب [4] ﷺ، فقال: أخذت صرة مئة دينار، فأتيت النبيّ ﷺ، فقال: «عرفها حولًا»، فعرفتها حولًا، فلم أجد من يعرفها، ثم أتيته، فقال: «عرفها حولًا» فعرفتها، فلم أجد، ثم أتيته ثلاثًا، فقال: «احفظ وِعاءها وعددها ووِكاءها، فإن جاء صاحبها، وإلا فاستمتع بها» [5]، وجه الاستدلال: أن الخبر ورد بالأثمان، وغيرها لا يساويها لعدم الغرض المتعلق بعينها، بخلاف غيرها [6].

---

(١) هي الأمتعة التي لا يدخلها كيل ولا وزن ولا تكون حيوانًا ولا عقارًا. المصباح المنير للفيوميّ ٤٠٢/٢ مادة (عرض).

(٢) انظر: الإنصاف للمرداويّ مع المقنع والشرح الكبير ٢٣٩/١٦، والمنح الشافيات للبهوتيّ ٥١٢/٢، وذكر ابن قدامة أن هذا قول قديم للإمام أحمد، وقد رجع عنه. الكافي ١٩٩/٢.

(٣) هو: سُويد بن غَفَلة بن عوسجة الجعفيّ، يُكنى أبا أمية، أدرك الجاهلية، أسلم في حياة النبيّ ﷺ ولم يره، وكان شريكًا لعمر في الجاهلية، وكان أَسَنَّ من عمر؛ لأنه ولد عام الفيل، وكان قد أدى الصدقة إلى مصدق النبيّ ﷺ، ثم قدم المدينة يوم دفن النبيّ ﷺ، ثم شهد القادسية ثم صفين، سكن الكوفة ومات بها في زمن الحجاج سنة إحدى وثمانين، وهو ابن مئة وخمس وعشرين سنة. انظر: الاستيعاب لابن عبد البر ٦٧٩/٢، وأُسد الغابة لابن الأثير ٣٤٠/٢.

(٤) سبقت ترجمته.

(٥) أخرجه البخاريّ في كتاب اللُّقطة، باب إذا أخبره رب اللُّقطة بالعلامة دفع إليه ١٢٤/٣ برقم (٢٤٢٦).

(٦) الشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٤١/١٦.

نوقش من وجوه:

أولًا–أن الأحاديث جاءت عامة، فالنبيّ ﷺ سُئِل عن اللُّقَطة فأجاب من دون تفريق بين الأثمان وغيرها.

ثانيًا–أن حديث أُبي بن كعب وإن كان وقع في الأثمان فهو فرد من أفراد العام، أو المطلق، فإذا ورد حديث مطلق أو عام، ثم ورد حديث في فرد من أفراد العام أو المطلق لم يقتضِ ذلك تخصيصًا للعام أو تقييدًا للمطلق؛ لأن حكم الجزء موافق لحكم الكل، فالله تعالى حين قال: ﴿حَافِظُوا عَلَى الصَّلَوَاتِ وَالصَّلَاةِ الْوُسْطَى﴾ (١) لم يقتضِ ذكر الوسطى تخصيص المحافظة عليها من دون بقية الصلوات المفروضة؛ لأن المحافظة مأمور بها في جميع الصلوات (٢).

ثالثًا–لو سلمنا جدلًا أن الخبر مختص بالأثمان فقط، ولم يرد ما يدل على غيرها، لوجب أن يقاس عليها ما كان في معناها، كسائر النصوص التي عُقل معناها ووجد في غيرها، وها هنا قد وجد المعنى، فيجب قياسه على المنصوص عليه.

رابعًا–إذا صح تملك الشاة بالالتقاط، وهي ليست من الأثمان لقوله ﷺ: «هي لك أو لأخيك أو للذئب» (٣) صح التقاط غيرها.

خامسًا–أن القول بعدم تملكها بالتعريف يؤدي إلى أحد مفسدتين هما:

إما أن يلتقطها وينادي عليها دائمًا بانتظار صاحبها؛ وهذا يؤدي إلى تعطيل ماليتها؛ ومِنْ ثَمَّ هلاكها على صاحبها، وعلى ملتقطها، فإذا أبيح له تملكها بعد تعريفها أدى ذلك إلى الانتفاع بها، وحفظ ماليتها على صاحبها وذلك بدفع قيمتها إليه عند العثور عليه. وإما أن يتركها فيؤدي ذلك إلى ضياعها، وقد نهى الشرع عن إضاعة المال؛ لأن المسلم إذا علم أنه لن يملكها بالتقاطها، وسوف يتحمل بالتقاطها تعريفها الدائم كان في التقاطها مشقة وكلفة من غير نفع يصل إليه،

(١) سورة البقرة: الآية ٢٣٨.

(٢) انظر: فتح الباري لابن حجر ٨٨/٥، وإرشاد الفحول للشوكانيّ ٧٩/٢.

(٣) وهو تتمة للحديث الذي سبق تخريجه في أدلة القول الأول في المسألة السابقة لما سُئِل النبيّ ﷺ عن اللقطة فقال: «اعرف عِفَاصها ووِكَائها...».

فيؤدي إلى ألا يلتقطها أحد لتعريفها فتضيع، بخلاف ما إذا قيل للملتقط: إذا عرفتها، فلم يأت صاحبها فهي لك، كان في ذلك حث على التقاطها وحفظها وتعريفها؛ لكونه وسيلة إلى الملك المقصود للآدميّ (١).

الراجح:

يترجح -والله أعلم-عدم صحة الاستثناء؛ لضعف أدلته ومناقشتها بما لا يدع فيها مستمسكًا.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر بتمسكهم بحديث أُبي بن كعب الذي نص على الأثمان.

ثانيًا-التحقيق في استثناء لقطة الحرم:

يرد الاستثناء على أصحاب القول الأول في الفرع الأول من هذا المطلب؛ إذ ذهب المالكيّة في قول وهو المعتمد عند الشافعيّة ورواية عند الحنابلة اختارها ابن تيمية (٢) إلى أن لقطة حرم مكة لا تملك بالتعريف، وتكون مستثناة من جواز تملك اللُّقَطة بعد تعريفها (٣)، ودليلهم على ذلك:

١-ما جاء عن أبي هريرة ﷺ، قال: لما فتح الله على رسوله ﷺ مكة قام في الناس فحمد الله وأثنى عليه، ثم قال: «إن الله حبس عن مكة الفيل، وسلط عليها رسوله والمؤمنين، فإنها لا تحل

---

(١) انظر: الحاوي للماورديّ ١٥/٨.

(٢) سبقت ترجمته.

(٣) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٨٨/٤، ومواهب الجليل للحطاب ٧٤/٦، ومنح الجليل لمحمد عليش ٢٣٤/٨، وروضة الطالبين للنوويّ ٤١٢/٥، ومغني المحتاج للشربينيّ ٥٩٥/٣، ونهاية المحتاج للرمليّ ٤٣٨/٥، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٤٥/١٦، والفتاوى الكبرى لابن تيمية ٤٢٣/٥.

لأحد كان قبلي، وإنها أحلت لي ساعة من نهار... فلا يُنَفَّر صيدها، ولا يُخْتَلى شوكها، ولا تحل ساقطتها إلا لمنشد،..." (١) ومثله عن ابن عباس رضي الله عنهما (٢).

٢-ما جاء عن النبيّ ﷺ أنه نهى عن لُقطة الحاج (٣).

وجه الاستدلال من الحديثين: أنها صريحة في المنع من أخذ اللُّقَطة من الحرم، أو لُقَطة الحاج عمومًا، وهذا منع مطلق لم يستثنِ منه إلا من يريد تعريفها أبدًا من دون تملكها.

نوقش: أن المراد هو المبالغة بالتعريف؛ لأن الحاج يرجع إلى بلده وقد لا يعود، فاحتاج الملتقط إلى المبالغة في التعريف بها، أو يكون المعنى هنا المبادرة إلى التعريف قبل تفرق الناس بخلاف غير الحرم من البلاد (٤).

أجيب عنه: أن الأحاديث وردت في سياق خصوصية الحرم، ولا خصوصية إذا كان حكم اللُّقَطة فيه كحكمها فيه غيره، فلا بد إذًا من حمله على معنى يختص به الحرم، وهذا فيه صيانة لكلام سيد المرسلين من العبث (٥).

٣-ولأن حرم مكة شرفها الله مثابة للناس يعودون إليه المرة بعد الأخرى، فربما يعود مالكها من أجلها أو يبعث في طلبها (٦).

---

(١) أخرجه البخاريّ، كتاب اللُّقطة، باب كيف تُعرَّف لُقطة أهل مكة ١٢٥/٣ برقم (٢٤٣٤)، وأخرجه مسلم، كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ولُقطتها إلا لمنشد على الدوام ٩٨٨/٢ برقم (١٣٥٥).
(٢) أخرجه البخاريّ، كتاب اللُّقطة، باب كيف تُعرَّف لُقطة أهل مكة ١٢٥/٣ برقم (٢٤٣٣)، وأخرجه مسلم، كتاب الحج، باب تحريم مكة وصيدها وخلاها وشجرها ولُقطتها إلا لمنشد على الدوام ٩٨٦/٢ برقم (١٣٥٣).
(٣) أخرجه مسلم، كتاب اللُّقطة، باب في لُقطة الحاج ١٣٥١/٣ برقم (١٧٢٤).
(٤) انظر: فتح الباري لابن حجر ٨٨/٥.
(٥) انظر: التحقيق في مسائل الخلاف لابن الجوزيّ ٢٣٣/٢.
(٦) مغني المحتاج للشربينيّ ٥٩٦/٣.

الراجح:

يترجح –والله أعلم–صحة الاستثناء؛ لأن الخصوصية لا تتضح إلا بهذا المعنى، فكما أن الصيد فيه لا يُنفَّر وهو معنى واضح في الاختصاص لا يشاركه فيه غيره من البلاد أدنى مشاركة، فكذلك حكم اللُّقَطة، ومع ذلك فإن حكم أخذ اللُّقَطة يختلف باختلاف الأحوال والأشخاص (١)، والحاصل أن الحرم الآن فيه مكان مخصص للمفقودات يرجع إليها كل من فقد شيئًا؛ ولذلك فإن إيصال اللُّقَطة لهم أولى من تركها وتعريضها للسرقة.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر بالأحاديث التي استدل بها القائلون بالاستثناء.

كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا ثانيًا؛ وذلك لأن التعريف في الحرم لا يفيد غالبًا لكثرة الناس وتفرقهم في مواضع كثيرة، ففي تملكها إضرار بصاحبها الذي لا يبلغه التعريف، وربما رحل إلى قُطْره البعيد فلا يحصل مقصود التعريف (٢)؛ فلذلك إذا لم يستطع الملتقط التعريف بها أبدًا فالأولى أن يترك اللقطة؛ لأن ذلك أقرب لوصولها إلى صاحبها من تعريفها.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "الضرر يدفع بقدر الإمكان" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار"؛ وذلك لأن تمليك لُقَطة الحرم لملتقطها مع صعوبة التعريف بها إضرار بصاحب اللقطة، فيجب أن يُدفع ضرر فقده لها قدر الإمكان، لا أن نُمَلِّكها ملتقطها مع ظننا الغالب عدم علمه بالتعريف، وهذا يختلف في غيرها من البلاد؛ إذ الغالب أنها مع التعريف تُعرف (٣).

---

(١) انظر: فتح الباري لابن حجر ٩٢/٥.

(٢) انظر: تهذيب الفروق لمحمد بن عليّ المالكيّ ٦٦/٤.

(٣) انظر: شرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ص٢٠٧.

ثالثًا–التحقيق في استثناء ما يمتنع من صغار السباع من الضَّوَال [(١)]:

يرد الاستثناء على أصحاب القول الأول في الفرع الأول من هذا المطلب؛ إذ ذهب المالكيّة في المعتمد والشافعيّة [(٢)] والحنابلة إلى أن ما يمتنع من الضَّوَال من صغار السباع إما بقوة جسمه كالإبل، وإما بعَدْوه كالغزال، وإما بجناحه كالطير فإنه ليس لأحد التقاطها للتملك [(٣)]، ودليلهم على ذلك: أن رجلًا سأل رسول الله ﷺ عن اللُّقَطة، فقال: «عرفها سنة، ثم اعرف وِكاءها وعِفَاصها، ثم استنفق بها، فإن جاء ربها فأدها إليه»، قال: يا رسول الله، فضَالَّة الغنم؟ قال: «خذها، فإنما هي لك أو لأخيك أو للذئب». قال: يا رسول الله، فضَالَّة الإبل؟ قال: فغضب رسول الله ﷺ حتى احمرت وجنتاه –أو احمرَّ وجهه–ثم قال: «ما لك ولها، معها حذاؤها وسقاؤها، حتى يلقاها ربها»[(٤)]. وجه الاستدلال: أن النبيّ ﷺ نهى عن أخذ ضَالَّة الإبل للتملك؛ وعلل ذلك: بأن معها حذاءها وسقاءها، حتى يلقاها ربها، وغَضَبُ النبيّ واحمرارُ وجنتيه أو وجهه يدل على أن النهي للتحريم.

الراجح:

يترجح –والله أعلم–صحة الاستثناء للحديث الصحيح في ذلك، وإذا كان هناك عارض يدعو لأخذها خوفًا عليها من الهلاك أو السرقة، جاز أخذها لمصلحة ربها، إلا أن ذلك لا يعني أنه يتملكها بالتعريف؛ لأن الحديث معلل بالأمن في ضَالَّة الإبل، والحكم المُعلَّل بعلة يتغير إذا تغيرت تلك العلة، فإذا كانت غير آمنة جاز التقاطها بغرض حفظها لا تملكها، و الشارع لما أمر بترك الإبل كان مقصوده وصولها إلى ربها، وقد كان في ترك الإبل في ذلك الوقت سبيل لرجوع المال

---

(١) هي الضالة من الإبل والبقر مما يحمي نفسه ويقدر على الإبعاد في طلب المرعى والماء، بخلاف الغنم، وتستعمل الضالة في الحيوان فقط، فأما الجمادات فهي اللُّقطة. انظر: غريب الحديث لابن الجوزيّ ١٧/٢، والنهاية لابن الأثير ٩٨/٣ مادة (ضلل).

(٢) وقيَّد الشافعيّة ذلك فيما إذا وُجِدَ في صحراء آمنة. الحاوي للماورديّ ٦/٨.

(٣) انظر: بداية المجتهد لابن رشد ٩٢/٤، وحاشية الدسوقيّ ١٢٢/٤، والحاوي للماورديّ ٥/٨، وروضة الطالبين للنوويّ ٤٠٢/٥–٤٠٣، وأسنى المطالب للسنيكيّ ٤٨٩/٢، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٩٢/١٦، وكشاف القناع للبهوتيّ ٢١٠/٤.

(٤) سبق تخريجه.

إلى صاحبه، فإذا تغير الزمان، وصار تركها طريقًا لتلفها كان الالتقاط هو المتعين لتحقق مقصود الشارع به، وهو وصوله إلى ربه.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر بقول النبيّ ﷺ في ضَالَّة الإبل: «ما لك ولها، معها حذاؤها وسقاؤها، حتى يلقاها ربها».

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "ما جاز لعذر بطل بزواله" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة: "المشقة تجلب التيسير"، وبيان ذلك: أن التقاط اللقطة إنما جاز للحفاظ على ضرورة المال وإيصاله إلى ربه، فإذا كانت هذه الضَالَّة في مأمن وصار في تركها سبيل لرجوعها إلى صاحبها فإن الحكم يزول هنا وتبقى حرمة أموال الناس على عمومها [1].

---

(١) انظر: الأشباه والنظائر للسيوطيّ ص٨٥، وغمز عيون البصائر لشهاب الدين الحمويّ ٢٧٨/١.

المطلب الثاني

استثناء ما كان بعد مضي الحول من عدم الضمان في حال تلف اللُّقطة في يد ملتقطها

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم الضمان إذا تلفت اللُّقطة في يد ملتقطها:

اتفقت المذاهب الأربعة على أن الملتقط يده يد أمانة إذا كان التقاطه للتعريف أو للحفظ فلا يضمن إلا في حال التعدي والتفريط (١)، وقد نقل بعضهم الإجماع على ذلك (٢)؛ لأن اللُّقطة في الحول أمانة في يد الملتقط، فلا ضمان عليه، كالوديعة، ويستدلون بقول النبيّ ﷺ لما سُئِل عن اللُّقطة فقال: «فإن لم يجئ صاحبها كانت وديعة عندك» (٣)، ومعلوم أن الوديعة أمانة لا تُضمن إلا بالتعدي أو التفريط بإجماع العلماء (٤).

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ٢٠١/٦، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٣٠١/٣، وفتح القدير لابن الهمام ١١٨/٦، ومجمع الضمانات لأبي محمد البغداديّ ٢٠٩/١، وحاشية ابن عابدين ٢٧٦/٤، والتمهيد لابن عبد البر ١٢١/٣، والاستذكار له أيضًا ٢٥١/٧، وبداية المجتهد لابن رشد ٩٢/٤، ومنح الجليل لمحمد عليش ٢٣٥/٨–٢٣٧، والحاوي للماورديّ ١٢/٨، ومغني المحتاج للشربينيّ ٥٨٦/٣، ونهاية المحتاج للرمليّ ٤٣٧/٥، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٤٩/١٦–٢٥٥، وكشاف القناع للبهوتيّ ٢٠٩/٤–٢١٣. وقيّد الحنفيّة عدم الضمان فيما إذا أشهد الملتقط على أن التقاطه لحفظها وردها لصاحبها، أو في حالة مصادقة صاحب اللُّقطة للملتقط على أنه إنما التقطها لحفظها، فإن لم يُشهد ولم يصادقه صاحب اللُّقطة فإنه يضمن، والحنفيّة يشترطون الإشهاد على اللُّقطة وهو أن يقول: "إني وجدت لقطة، فمن طلبها فدلوه علي" وهو غير تعريف اللُّقطة؛ ولذلك يجعلون له أثرًا على الضمان، أما جماهير العلماء فيرون أن الإشهاد مستحب ولا يتوقف عليه وجوب الضمان من عدمه، وتبعهم في ذلك أبو يوسف من الحنفيّة، وقد نقل ابن رشد اتفاق العلماء على أن من التقط اللُّقطة وأشهد على التقاطها فهلكت عنده أنه غير ضامن. بداية المجتهد ٩٢/٤.

(٢) انظر: شرح صحيح البخاريّ لابن بطال ٥٦٥/٦، والاستذكار لابن عبد البر ٢٥١/٧، والمغني لابن قدامة ٨٧/٦.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) انظر: الإشراف لابن المنذر ٣٣٠/٦، واختلاف الأئمة العلماء لابن هبيرة ٥/٢، وبداية المجتهد لابن رشد ٩٤/٤.

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما كان بعد مضي الحول:

ذهب المالكيّة والشافعيّة والحنابلة إلى استثناء تلف اللُّقطة بعد الحول أو بعد تملكها بعد الحول (١) فيكون الضمان على ملتقطها إذا ظهر مالكها، وهذا استثناء من المسألة السابقة المتضمنة عدم وجوب الضمان على الملتقط (٢)، ودليلهم على ذلك:

١–أنها دخلت في ملكه، وتلفت من ماله، ويتصرف فيها كما يتصرف في أمواله، وتصرفه فيها بإذن الشرع، وإذن الشرع في التصرف فيها لا يمنع من ضمانها متى ما ظهر مالكها بدلالة قول النبيّ ﷺ: «فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها» (٣)، وإذا استهلكها صارت دينًا في ذمته، سواء أفرط أم لم يفرط (٤).

٢–أن تملك اللُّقطة ينقلها من الأمانة إلى الاقتراض؛ ذلك أن عقد الأمانة عقد يقصد به حفظ العين، وليس تملك العين، فإذا تملكها كان ذلك بمنزلة الاقتراض لها، والقرض مضمون مطلقًا، فإذا تلفت بعد تملكها ضمنها إن ظهر مالكها (٥).

---

(١) على خلاف بين العلماء فمنهم من يرى أنها تدخل في ملك الملتقط بمضي حول التعريف وهو مذهب الحنابلة، وبعضهم قال لا يتملكها إلا باختياره، فالمالكيّة يشترطون النية، فلا بد أن ينوي التملك لتدخل في ملكه وهذا قولٌ عند الشافعيّة، والمشهور من مذهب الشافعيّة أن تملُّك اللُّقطة يشترط له التلفظ، وللشافعيّة قول ثالث وهو أن تملك اللُّقطة يحصل بثلاثة أشياء، وهي: (مضي السنة، ولفظ التملك، والتصرف الذي يزيل الملك)، وذهب بعض الحنابلة أن تملُّك اللُّقطة متوقف على اختيار الملتقط لذلك بعد مضي الحول وتمام التعريف. انظر: حاشية الدسوقيّ ١٢١/٤، ونهاية المطلب للجوينيّ ٤٤٦/٨، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٣٦/١٦.

(٢) انظر: حاشية الدسوقيّ ١٢١/٤–١٢٣، والحاوي للماورديّ ١٥/٨–١٦، ومغني المحتاج للشربينيّ ٥٨٧/٣، ونهاية المحتاج للرمليّ ٤٤٤/٥، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٥٦/١٦، وكشاف القناع للبهوتيّ ٢٢٠/٤–٢٢١.

(٣) سبق تخريجه.

(٤) انظر: الحاوي للماورديّ ١٥/٨–١٦، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ٢٥٦/١٦.

(٥) انظر: أسنى المطالب للسنيكيّ ٤٩١/٢.

نوقش الدليلان: بأن الملتقط إذا قام بتعريفها سنة، ولم يأت صاحبها في أثناء التعريف فقد اكتسب هذا المال، وصار من جملة أمواله [1]؛ لقوله ﷺ: «فإن جاء صاحبها وإلا فشأنك بها»، وقوله: «وإلا فهي لك» [2].

يجاب عنه: أن تملك الملتقط للقطة مشروط بعدم ظهور مالكها كما هو نص الحديث، فإن ظهر صاحبها انتفى الحكم، وهذا هو مفهوم الشرط في لغة العرب [3].

الراجح:

يترجح -والله أعلم- صحة الاستثناء؛ لقوة دليلهم، ولأن الضمان هنا يتوافق مع مقصود اللُّقطة التي جاءت لحفظ حق صاحبها.

سبب الاستثناء:

القياس، وهو قياسهم اللُّقطة بعد تملكها على القرض في وجوب الضمان بجامع تعلقهما في الذمة.

---

(١) انظر: روضة الطالبين للنوويّ ٥/٤١٥.

(٢) سبق تخريجهما.

(٣) انظر: إرشاد الفحول للشوكانيّ ٢/٤٤.

الفصل الثاني

المستثنيات الفقهيّة في التصرفات المالية غير المشروعة

وفيه مبحث واحد هو:

المستثنيات في باب الغصب، وفيه مطلبان:

المطلب الأول–استثناء ما إذا كان المغصوب هالكًا من وجوب رد عينه.

المطلب الثاني–استثناء من غصب خيطًا وخاط به جرح حيوان، وكان الحيوان مأكولًا للغاصب ووجوب الرد حينئذٍ ولزوم ذبح الحيوان من عدم وجوب الرد في حال الخوف عليه من خلعه.

المطلب الأول

استثناء ما إذا كان المغصوب هالكًا من وجوب رد عينه

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم رد المغصوب:

اتفق العلماء على أن الواجب على الغاصب رد العين المغصوبة، ونقل الإجماع على ذلك جمع من أهل العلم كابن حزم (١)، وابن هبيرة (٢)، وابن رشد (٣)، والموفق ابن قدامة (٤)، ومستند الإجماع على ذلك:

١–عموم أدلة حرمة مال المسلم، كقوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ﴾ (٥)، وكقول النبيّ ﷺ: «إن دماءكم وأموالكم عليكم حرام» (٦)، وجه الاستدلال: أنه إذا كان غصب مال المسلم محرمًا، فإن الردع عن المعصية واجب، وذلك برد المغصوب (٧).

٢–ما جاء عن النبيّ ﷺ أنه قال: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه» (٨)، وجه الاستدلال: أنه يجب على الإنسان ردُّ ما أخذته يده من مال غيره (٩).

---

(١) مراتب الإجماع ص٥٩. وقد سبقت ترجمة ابن حزم.

(٢) اختلاف الأئمة العلماء ١٢/٢. وقد سبقت ترجمة ابن هبيرة.

(٣) بداية المجتهد ١٠١/٤. وقد سبقت ترجمة ابن رشد.

(٤) المغني ص ١٧٧/٥. وقد سبقت ترجمة ابن قدامة.

(٥) سورة البقرة: الآية ١٨٨.

(٦) سبق تخريجه.

(٧) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٤٨/٧، والمغني لابن قدامة ١٧٧/٥.

(٨) سبق تخريجه.

(٩) نيل الأوطار للشوكانيّ ٣٥٦/٥.

٣-ما جاء عن النبيّ ﷺ أنه قال: «لا يأخذ أحدكم عصا أخيه لاعبًا أو جادًا، فمن أخذ عصا أخيه فليردها إليه» [(١)]، وجه الاستدلال: أن قوله: «فليردها» نص صريح في وجوب رد ما أُخِذَ بغير حق.

٤-ولأن حق المغصوب منه متعلق بعين ماله وماليته، ولا يتحقق ذلك إلا برده [(٢)].

الفرع الثاني-التحقيق في استثناء ما إذا كان المغصوب هالكًا:

أجمع العلماء على استثناء حالة هلاك المغصوب من وجوب رد عينه، وحينئذ يكون الضمان واجبًا على الغاصب إما بالمثل وإما بالقيمة كل بحسبه [(٣)]، ودليلهم على ذلك:

١-ما جاء عن أنس رضي الله عنه قال: أهدت بعض أزواج النبيّ ﷺ إلى النبيّ ﷺ طعامًا في قَصْعَة[(٤)]، فضربت عائشة القَصْعَة بيدها، فألقت ما فيها، فقال النبيّ ﷺ: «طعام بطعام، وإناء بإناء»[(٥)]،

---

(١) أخرجه أبو داود، كتاب الأدب، باب من يأخذ الشيء على المزاح ٣٠١/٤ برقم(٥٠٠٣)، وأخرجه الترمذيّ، أبواب الفتن، باب ما جاء لا يحل لمسلم أن يروع مسلما ٤٦٢/٤ برقم (٢١٦٠) وقال: "وهذا حديث حسن غريب، لا نعرفه إلا من حديث ابن أبي ذئب".

(٢) انظر: فتح القدير لابن الهمام ٣٢٢/٩، والمغني لابن قدامة ١٧٧/٥.

(٣) وقد نقل الإجماع على ذلك ابن حزم في مراتب الإجماع ص١٠٠، وابن هبيرة في اختلاف الأئمة العلماء ١٢/٢. وانظر: المبسوط للسرخسيّ ٥١/١١، وبدائع الصنائع للكاسانيّ ١٤٨/٧-١٤٩، وتبيين الحقائق للزيلعيّ ٢٢٣/٥، والعناية للبابرتي ٣١٨/٩، وفتح القدير لابن الهمام ٣١٨/٩، وحاشية ابن عابدين ١٨٣/٦، وبداية المجتهد لابن رشد ١٠١/٤، وشرح الخرشيّ ١٣٣/٦-١٣٥، ومنح الجليل لمحمد عليش ٩٠/٧-٩٨، والحاوي للماورديّ ١٣٦/٧، وروضة الطالبين للنوويّ ١٨/٥، ومغني المحتاج للشربينيّ ٣٤٨/٣، ونهاية المحتاج للرمليّ ١٥١/٥، والمغني لابن قدامة ١٧٧/٥، وكشاف القناع للبهوتيّ ١٠٦/٤.

(٤) القَصْعَة: وعاء يُؤكل فيه ويثرد، يُشبِع العشرة، وكان يُتخذ من الخشب غالبًا. انظر: طلبة الطلبة للنسفيّ ص١٢٤ مادة(قصع)، والمعجم الوسيط لمجمع اللغة العربيّة ٧٤٠/٢ مادة (قصع).

(٥) أخرجه الترمذيّ، أبواب الأحكام، باب ما جاء فيمن يُكسر له الشيء ما يُحكم له من مال الكاسر ٦٣٢/٣ برقم (١٣٥٩) وقال: "هذا حديث حسن صحيح". كما أخرجه البخاريّ بلفظ آخر من دون ذكر الضاربة (عائشة رضي الله عنها) في كتاب المظالم والغصب، باب إذا كَسَر قَصْعَة أو شيئًا لغيره ١٣٦/٣ برقم (٢٤٨١).

وجه الاستدلال: أن النبيّ ﷺ رد بدل القصعة والطعام لما تلفا، فيدل على أن من أتلف شيئًا لغيره فعليه ضمانه [١].

٢-ما جاء عن ابن عمر رضي الله عنه قال: قال رسول الله ﷺ: «من أعتق شِرْكًا له في عبد، فكان له مال يبلغ ثمن العبد، قُوِّمَ عليه قيمة العدل، فأَعطَى شركاءَه حصصهم، وعَتَقَ عليه العبد، وإلا فقد عَتَقَ منه ما عَتَقَ» [٢]، وجه الاستدلال: أن النبيّ ﷺ أمر بالتقويم في حصة الشريك؛ لأنها متلفة بالعتق [٣].

٣-ولأنه لما تعذر رد العين لزمه رد ما يقوم مقامها [٤].

وبناء عليه يكون الاستثناء صحيحًا بإجماع العلماء.

سبب الاستثناء:

النص، وهو ظاهر كما في حديثي أنس وابن عمر.

كما يعد الإجماع سببًا ثانيًا للاستثناء، وهو ظاهر فيمن نقل الإجماع من العلماء.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل"، فإذا تعذر رد العين المغصوبة (وهو الأصل) إما لهلاك وإما لغيره فإنه يصار إلى بدله من مِثل أو قيمة [٥].

---

(١) انظر: سبل السلام للصنعانيّ ٢/١٠١.

(٢) أخرجه البخاريّ، كتاب المظالم والغصب، باب تقويم الأشياء بين الشركاء بقيمة عدل ٣/١٣٩ برقم (٢٤٩١)، وأخرجه مسلم، كتاب العتق، باب من أعتق شِرْكًا له في عبد ٣/١٢٨٦ برقم (١٥٠١) واللفظ لمسلم.

(٣) المغني لابن قدامة ٥/١٧٨.

(٤) حاشية الروض المربع لابن قاسم ٥/٤٠٤.

(٥) انظر: المنثور للزركشيّ ١/١٢٩، وشرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ص٢٨٧.

المطلب الثاني

استثناء من غصب خيطًا وخاط به جرح حيوان، وكان الحيوان مأكولًا للغاصب، ووجوب الرد حينئذٍ ولزوم ذبح الحيوان من عدم وجوب الرد في حال الخوف عليه من خلعه

وفيه فرعان:

الفرع الأول–حكم من غصب خيطًا وخاط به جرح حيوان وخيف عليه من خلعه:

اتفقت المذاهب الأربعة –ولم أقف على مخالف لهم–على أن من غصب خيطًا وخاط به جرح حيوان وخيف عليه من خلعه أن الواجب عليه بدل الخيط (١)؛ وذلك لأنه يتعذر رده لأن الضرر لا يزال بمثله، ولأن للحيوان حرمة في نفسه وقد نهي النبيّ ﷺ عن ذبح الحيوان لغير مأكله (٢)، ويستدل لهم أيضًا بما سبق ذكره في المطلب السابق في حالة تعذر رد المغصوب.

---

(١) انظر: بدائع الصنائع للكاسانيّ ١٤٩/٧، والذخيرة للقرافيّ ٣٢٧/٨–٣٢٨، ومنح الجليل لمحمد عليش ١٠٣/٧، والحاوي للماورديّ ١٩٨/٧–٢٠٢، وروضة الطالبين للنوويّ ٥٦/٥، ومغني المحتاج للشربينيّ ٣٦٦/٣، ونهاية المحتاج للرمليّ ١٩٠/٥، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٥٤/١٥، وكشاف القناع للبهوتيّ ٨٥/٤.

(٢) أخرج أبو داود في مراسيله في باب فضل الجهاد أن النبيّ ﷺ أوصى رجلًا غزا قال: «ولا تقطع شجرة مثمرة، ولا تقتل بهيمة ليست لك بها حاجة، واتق أذى المؤمنين» ٢٣٩/١ برقم (٣١٦) قال ابن القطان في بيان الوهم والإيهام ٦٠/٣: "إن هذا الإيراد خطأ، وأبو داود قد وصل إسناده به إلى القاسم مولى عبد الرحمن، وأظن أبا محمد نقل من نسخة كان قد سقط منها إسناده، وبحسب ذلك لم يجعل له عيبًا سوى الإرسال والانقطاع، فأما من وقف على إسناده إلى القاسم، فسيعلم أن فيه مجهولًا لا يصح الحديث من أجله ولو اتصل، وهو عثمان بن عبد الرحمن... وفيه راوٍ مختلف فيه وهو القاسم مولى عبد الرحمن".

الفرع الثاني–التحقيق في استثناء ما إذا كان الحيوان مأكولًا للغاصب:

استثنى بعض العلماء ما إذا كان الحيوان المأكول الذي خِيْطَ جرحه بالخيط المغصوب مملوكًا للغاصب فإنه يلزم الغاصب حينئذٍ ذبحه ورد الخيط، وهو قول عند المالكيّة ورواية مرجوحة عند الشافعيّة والمذهب عند الحنابلة [١]، ودليلهم على ذلك: أنه يمكن رد العين المغصوبة بذبح الحيوان والانتفاع بلحمه على وجه مباح فلا يصار إلى البدل، وهو صريح أمر النبيّ ﷺ في قوله: «على اليد ما أخذت حتى تؤديه»، وقوله: «من أخذ عصا أخيه فليردها إليه» [٢].

نوقش: أنه فيه ضررًا على الغاصب، وربما يكون الضرر الواقع عليه أكثر من الضرر الواقع على المغصوب منه.

يجاب عنه من وجهين:

أولًا–أن في منع المالك منه إضرارًا به، فكان دخول الضرر به على الغاصب ورفعه عن المغصوب منه أولى من دخوله على الغاصب.

ثانيًا–أن القول بذبح الحيوان المأكول المملوك للغاصب فيه زجر له عن استدامة المعصية، وهذا مقصد شرعيّ [٣].

الراجح:

يترجح –والله أعلم–صحة الاستثناء؛ لأن الأصل هو رد العين المغصوبة ما أمكن، كما أن فيه تقليلًا للغصب والعدوان على الناس بالتغليظ عليهم، ولكن يجب أن يؤخذ بالاعتبار ما إذا قصد المغصوب مضارة الغاصب في مثل ذلك، كأن يكون الضرر على الغاصب كثيرًا وليس لصاحب العين المغصوبة غرض صحيح بعينه؛ فيتوجه هنا القول بالبدل.

---

(١) انظر: الذخيرة للقرافيّ ٨/٣٢٧–٣٢٨، والحاوي للماورديّ ٧/١٩٨، وروضة الطالبين للنوويّ ٥/٥٦، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٥/١٥٤، وكشاف القناع للبهوتيّ ٤/٨٥.

(٢) سبق تخريجهما.

(٣) انظر: الحاوي للماورديّ ٧/١٩٩.

سبب الاستثناء:

النص، وهما النصان اللذان استدلا بهما على وجوب رد العين المغصوبة ما أمكن.

كما يمكن عَدُّ المصلحة سببًا ثانيًا، وهي مصلحة رد العين المغصوبة لصاحبها.

القاعدة المرتبطة بالاستثناء:

يرتبط الاستثناء بالقاعدة الفقهيّة: "إذا تعذر الأصل يصار إلى البدل"، فإذا تعذر رد العين المغصوبة (وهو الأصل) لهلاك وغيره فإنه يصار إلى بدله من مِثْل أو قيمة، ومفهوم القاعدة أنه إذا لم يتعذر الأصل فإنه لا يصار إلى البدل كما في المسألة المستثناة، فإنه يجب ذبح الحيوان المأكول إذا كان للغاصب، لرد الخيط المغصوب الذي خِيط به جرحه؛ لإمكان التوصل له على وجه مباح [(١)].

تتمة:

يذكر الشافعيّة والحنابلة تفريعًا على هذه المسألة وهي ما لو مات الحيوان الذي خِيطَ جرحه بالخيط المغصوب، فهل يلزم رد الخيط في هذه الحالة أو لا؟

اتفقوا على لزوم رد الخيط في هذه الحالة؛ لأن عدم الرد في الحياة إنما كان لخشية التلف وقد أُمن بالموت، وقيد الشافعيّة ذلك بأن لا يفحش حال الحيوان بعد النزع، وقد استثنى الحنابلة ما لو كان الحيوان آدميًا معصومًا فلا يلزم رد الخيط وهو قول في مقابل الأصح عند الشافعيّة [(٢)]؛ لأن حرمته باقية حيًّا وميتًا، وقد قال النبيّ ﷺ: «كسر عظم الميت ككسره حيًّا» [(٣)]؛ ولذلك فإني أرجح صحة

---

(١) انظر: المنثور للزركشيّ ١٢٩/١، وشرح القواعد الفقهيّة للزرقاء ص٢٨٧.

(٢) انظر: الحاوي للماورديّ ٢٠١/٧، وروضة الطالبين للنوويّ ٥٦/٥، ومغني المحتاج للشربينيّ ٣٦٦/٣، وتكملة المجموع للمطيعي ٢٧٣/١٤، والشرح الكبير لابن قدامة مع المقنع والإنصاف ١٥٧/١٥، والمبدع لابن مفلح ٢٣/٥، ومطالب أولي النهي للرحيباني ١٦/٤.

(٣) أخرجه ابن ماجه، كتاب الجنائز، باب في النهي عن كسر عظام الميت ٥١٦/١ برقم(١٦١٦)، وأخرجه أبو داود، كتاب الجنائز، باب في الحفار يجد العظم هل يتنكب ذلك المكان؟ ٢١٢/٣ برقم(٣٢٠٧)، وحسنه ابن القطان في بيان الوهم والإيهام ٢١٢/٤ و٧١٣/٥، وصحح إسناده ابن الملقن في البدر المنير ٧٦٩/٦.

الاستثناء للنص المذكور لئلا تمتهن حرمة الموتى، وللقاعدة الفقهيّة: "درء المفاسد أولى من جلب المصالح" المندرجة تحت القاعدة الفقهيّة الكبرى: "لا ضرر ولا ضرار"؛ لأن درء مفسدة امتهان الموتى أولى من مصلحة رد الخيط المغصوب لصاحبه، ولئن كان الشارع قد أمر برد الحقوق إلى أهلها فإنه قد نهى عن امتهان حرمة الآدميّ، واعتناء الشارع بالمنهيّات أشد من اعتنائه بالمأمورات؛ ولذلك سومح في ترك بعض الواجبات بأدنى مشقة كالقيام في الصلاة، ولم يسامح في الإقدام على المنهيّات ولا سيما الكبائر [١].

---

(١) انظر: الموافقات للشاطبيّ ٤٤٦/٦، والأشباه والنظائر للسيوطيّ ص٨٧.

الخـــاتمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات، والصلاة والسلام على من بعثه الله خاتمًا للرسالات، وبعد: فهذه خاتمة بحث "المستثنيات الفقهيّة في المعاملات المالية" أوجز فيها أهم النتائج التي توصلت إليها كما يأتي:

- أن الاستثناء عند الأصوليّين هو إخراج بعض الجملة بـ إلا أو ما قام مقامها، أما الاستثناء عند الفقهاء: فهو غير ما تقرر عند الأصوليّين، فهم يطلقون الاستثناء في المسائل الفقهيّة ويريدون به المعنى الأعم من الحد الأصوليّ والنحويّ من جهة أداته، فهو يشمل كل ما يقتضي المغايرة والمخالفة لكلام متقدم، كالاستثناء بواسطة النص والقياس والاجتهاد وغيرها.
- أن الاستثناء إما أن يكون بالنص ويتفرع عنه الكتاب والسنة والإجماع، وإما أن يكون بالاجتهاد ويتفرع عنه القياس والاستحسان والاستصحاب والاستصلاح والعرف.
- أن أسباب الاستثناء قد تتعدد لمستثنى واحد وحكم واحد، وقد يتجاذب المستثنى الواحد أسباب عِدَّة لأحكام مختلفة، فيسلك الفقيه فيها مسلك الترجيح بين الأدلة عند التعارض.
- أهمية علم أصول الفقه للفقيه، ولا يستقيم استدلال الفقيه إلا عن طريقه، ومعرفة دلالات الألفاظ ومعانيها والفروق بين المسائل، ومعرف ما يدخل في الحكم وما لا يدخل فيه.
- أن كل عقد قائم على الغرر أو الجهالة أو الربا فإن الشريعة تنهى عنه؛ حمايةً لأموال الناس.
- أن ألفاظ الشارع إذا وردت مطلقة لم يبين كيفيتها؛ فإنه يجب فيها الرجوع إلى العرف، كمعرفة الرضا والقبض في البيوع.
- أن إذن الشارع في الانتفاع في الشيء لا يصحح بيعه، كإباحة الانتفاع بالكلب وإباحة تناول الميتة للمضطر من دون إجازة بيعهما.

- أن الغرر اليسير الذي لا يؤول إلى النزاع بين المتعاقدين مما تدعو الحاجة إليه معفوٌّ عنه في عقود المعاوضات؛ لمشقة التحرز منه، كاستثناء بيع لبن الغنم الكثيرة معلومة الحِلاب مدة معلومة من عدم جواز بيع اللبن في الضرع.
- أن بيع المعدوم ليس منهيّا عنه مطلقًا لعلة العدم، بل المنع ينحصر فيما كان فيه غرر، فليست العلة في المنع الوجود أو العدم؛ ولذلك صحح الشرع بين المعدوم الذي انتفى فيه الغرر كجواز بيع الثمر بعد بدو الصلاح والحب بعد اشتداده.
- أن الأصل أن الوقف عقد لازم لا يجوز الرجوع فيه وهذا إجماع الصحابة الفعليّ.
- لا يجوز بيع الوقف إذا لم تكن هناك مصلحة للوقف وأهله، أو كانت المصلحة مساوية، أما إذا كانت المصلحة راجحة فيجوز بيعه.
- أن الهبة تصح بالعقد ولا تلزم إلا بالقبض، ويحق للواهب الرجوع في هبته ما لم يقبضها الموهوب له، إلا هبة الوالد لولده فيجوز له الرجوع بعد القبض إذا كانت الهبة في ملك الموهوب له على حالها.
- يجوز تعليق الهبة بالشرط والوقت، كقولك: "إذا قَدِمَ فلان فقد وهبتك كذا وكذا" وكقولك: "وهبتك داري شهرًا".
- لا يجوز تخصيص بعض الولد في الهبة إلا إذا كان التخصيص لمعنى يقتضيه، كأن يكون في الولد حاجة أو زَمَانة، أو كان الحرمان من الهبة لبعض ولده لفسقه فيجوز.
- ليس لصاحب الحق مطالبة الضامن ابتداءً، بل المطالبة تتوجه للمدين إلا إذا تعذرت مطالبته.
- أن الأصل في ضمان المتلفات أن تضمن بمثلها، فإن تعذر المثل يصار إلى القيمة.
- يجب الضمان على أصحاب البهائم فيما أفسدته البهائم ليلًا، ولا ضمان عليهم فيما أفسدته نهارًا، إلا أن تكون البهيمة في يد إنسان فيجب الضمان على من هي بيده، سواء أكان الإتلاف ليلًا أم نهارًا.
- يجوز للملتقط تملك اللقطة إذا عرفها ومضى عليه الحول، إلا أن تكون لقطة حرم أو مما يمتنع من الضوال من صغار السباع.

وأخيرًا أرجو أن أكون قد شاركت في خدمة الفقه الإسلاميّ، ولا أدعي أنني وَفَّيْتُ الموضوع غايته، فإن كنت وفقت فيه للصواب فتوفيق من الله المتفضل الوهاب، وإن قَصَّرْتُ فهذا جهد المُقِلّ وبضاعته المزجاة، وأستغفر الله الكريم التواب، وعذري أني بذلت فيه قصار جهدي والنقص طبيعة البشر، وقلَّما يخلص مصنف من الهفوات أو ينجو مؤلف من العثرات، كما أسأله سبحانه أن ينفع بهذا العمل، وأن يجعله خالصًا لوجهه الكريم، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلَّى الله على نبيّنا محمد، وعلى آله وصحبه أجمعين.

الفهارس العامة

١ -فهرس الآيات القرآنية.

٢ -فهرس الأحاديث النبويَّة.

٣ -فهرس تراجم الأعلام.

٤ -فهرس المصادر والمراجع.

٥ -فهرس الموضوعات.

أولاً–فهرس الآيات القرآنية

مسلسل	السورة	الآية	رقم الآية	الصفحة
		لَا يَسْتَطِيعُ أَنْ يُمِلَّ هُوَ فَلْيُمْلِلْ وَلِيُّهُ بِالْعَدْلِ...﴾		
١٤	البقرة	﴿وَإِنْ كُنْتُمْ عَلَى سَفَرٍ وَلَمْ تَجِدُوا كَاتِبًا فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ﴾	٢٨٣	٦١، ٣٨٩
١٥	البقرة	﴿فَرِهَانٌ مَقْبُوضَةٌ...﴾	٢٨٣	٣٨٨
١٦	البقرة	﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا﴾	٢٨٦	٣٢٤
١٧	آل عمران	﴿لَا يَتَّخِذِ الْمُؤْمِنُونَ الْكَافِرِينَ أَوْلِيَاءَ مِنْ دُونِ الْمُؤْمِنِينَ وَمَنْ يَفْعَلْ ذَلِكَ فَلَيْسَ مِنَ اللَّهِ فِي شَيْءٍ إِلَّا أَنْ تَتَّقُوا مِنْهُمْ تُقَاةً﴾	٢٨	٦٢
١٨	آل عمران	﴿وَكَفَّلَهَا زَكَرِيَّا...﴾	٣٧	٤٣١
١٩	النساء	﴿فَانْكِحُوا مَا طَابَ لَكُمْ مِنَ النِّسَاءِ مَثْنَى وَثُلَاثَ وَرُبَاعَ﴾	٣	٦٠
٢٠	النساء	﴿وَلَا تُؤْتُوا السُّفَهَاءَ أَمْوَالَكُمُ الَّتِي جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ قِيَامًا وَارْزُقُوهُمْ فِيهَا وَاكْسُوهُمْ وَقُولُوا لَهُمْ قَوْلًا مَعْرُوفًا﴾	٥	١١٧
٢١	النساء	﴿وَابْتَلُوا الْيَتَامَى حَتَّى إِذَا بَلَغُوا النِّكَاحَ فَإِنْ آنَسْتُمْ مِنْهُمْ رُشْدًا فَادْفَعُوا إِلَيْهِمْ أَمْوَالَهُمْ...﴾	٦	١١٦
٢٢	النساء	﴿وَلَكُمْ نِصْفُ مَا تَرَكَ أَزْوَاجُكُمْ﴾	١٢	١٨٢
٢٣	النساء	﴿فَهُمْ شُرَكَاءُ فِي الثُّلُثِ...﴾	١٢	٣٣٢
٢٤	النساء	﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ...﴾	٢٨	٨٨

مسلسل	السورة	الآية	رقم الآية	الصفحة
٢٥	النساء	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لَا تَأْكُلُوا أَمْوَالَكُمْ بَيْنَكُمْ بِالْبَاطِلِ إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...﴾	٢٩	٦٢، ١١١،١٧٣
٢٦		﴿إِلَّا أَنْ تَكُونَ تِجَارَةً عَنْ تَرَاضٍ مِنْكُمْ...﴾	٢٩	٧٢، ١٠٧
٢٧	النساء	﴿إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُكُمْ أَنْ تُؤَدُّوا الْأَمَانَاتِ إِلَى أَهْلِهَا﴾	٥٨	٣٠٧
٢٨	النساء	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ﴾	٥٩	٦٣
٢٩	النساء	﴿وَإِذَا حُيِّيتُمْ بِتَحِيَّةٍ فَحَيُّوا بِأَحْسَنَ مِنْهَا أَوْ رُدُّوهَا﴾	٨٦	٣٣٩
٣٠	النساء	﴿لَا يَسْتَوِي الْقَاعِدُونَ مِنَ الْمُؤْمِنِينَ غَيْرُ أُولِي الضَّرَرِ وَالْمُجَاهِدُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ...﴾	٩٥	٤٥، ٤٦
٣١	النساء	﴿وَمَنْ يُشَاقِقِ الرَّسُولَ مِنْ بَعْدِ مَا تَبَيَّنَ لَهُ الْهُدَى وَيَتَّبِعْ غَيْرَ سَبِيلِ الْمُؤْمِنِينَ نُوَلِّهِ مَا تَوَلَّى وَنُصْلِهِ جَهَنَّمَ وَسَاءَتْ مَصِيرًا﴾	١١٥	٦٦
٣٢	المائدة	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ﴾	١	١٥٧، ١٧٣، ٣١٥، ٣٤٠
٣٣	المائدة	﴿وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَى وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ﴾	٢	١٥٠، ١٥٣، ٣٥١
٣٤	المائدة	﴿لَا يُؤَاخِذُكُمُ اللَّهُ بِاللَّغْوِ فِي أَيْمَانِكُمْ وَلَكِنْ	٨٩	٤٢

الصفحة	رقم الآية	الآية	السورة	مسلسل
		يُؤَاخِذُكُمْ بِمَا عَقَّدْتُمُ الْأَيْمَانَ فَكَفَّارَتُهُ إِطْعَامُ عَشَرَةِ مَسَاكِينَ مِنْ أَوْسَطِ مَا تُطْعِمُونَ أَهْلِيكُمْ أَوْ كِسْوَتُهُمْ أَوْ تَحْرِيرُ رَقَبَةٍ فَمَنْ لَمْ يَجِدْ فَصِيَامُ ثَلَاثَةِ أَيَّامٍ ذَلِكَ كَفَّارَةُ أَيْمَانِكُمْ إِذَا حَلَفْتُمْ وَاحْفَظُوا أَيْمَانَكُمْ كَذَلِكَ يُبَيِّنُ اللَّهُ لَكُمْ آيَاتِهِ لَعَلَّكُمْ تَشْكُرُونَ﴾		
٦٤	١١٩	﴿وَمَا لَكُمْ أَلاَّ تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ وَإِنَّ كَثِيرًا لَيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِمْ بِغَيْرِ عِلْمٍ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ﴾	الأنعام	٣٥
١٤٨	١١٩	﴿وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ...﴾		٣٦
٥٢	١١	﴿...فَسَجَدُوا إِلَّا إِبْلِيسَ لَمْ يَكُنْ مِنَ السَّاجِدِينَ﴾	الأعراف	٣٧
٥٢	١٢	﴿خَلَقْتَنِي مِنْ نَارٍ...﴾	الأعراف	٣٨
٦٣	١	﴿وَأَطِيعُوا اللَّهَ وَرَسُولَهُ...﴾	الأنفال	٣٩
٦٢	٣٨	﴿قُلْ لِلَّذِينَ كَفَرُوا إِنْ يَنْتَهُوا يُغْفَرْ لَهُمْ مَا قَدْ سَلَفَ وَإِنْ يَعُودُوا فَقَدْ مَضَتْ سُنَّتُ الْأَوَّلِينَ﴾	الأنفال	٤٠
٢٣٧	٤١	﴿وَاعْلَمُوا أَنَّمَا غَنِمْتُمْ مِنْ شَيْءٍ فَأَنَّ لِلَّهِ خُمُسَهُ وَلِلرَّسُولِ وَلِذِي الْقُرْبَى وَالْيَتَامَى وَالْمَسَاكِينِ وَابْنِ السَّبِيلِ﴾	الأنفال	٤١
٢٨٩	٦٠	﴿وَأَعِدُّوا لَهُمْ مَا اسْتَطَعْتُمْ مِنْ قُوَّةٍ وَمِنْ رِبَاطِ	الأنفال	٤٢

الصفحة	رقم الآية	الآية	السورة	مسلسل
		الْخَيْلِ تُرْهِبُونَ بِهِ عَدُوَّ اللَّهِ وَعَدُوَّكُمْ...﴾		
٣٠٧	٩١	﴿مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ...﴾	التوبة	٤٣
٧٥	١٠٣	﴿خُذْ مِنْ أَمْوَالِهِمْ صَدَقَةً...﴾	التوبة	٤٤
٦٦	٧١	﴿فَأَجْمِعُوا أَمْرَكُمْ...﴾	يونس	٤٥
٣٥	٥	﴿أَلَا إِنَّهُمْ يَثْنُونَ صُدُورَهُمْ لِيَسْتَخْفُوا مِنْهُ﴾	هود	٤٦
٤٢٧	٦٦	﴿قَالَ لَنْ أُرْسِلَهُ مَعَكُمْ حَتَّى تُؤْتُونِ مَوْثِقًا مِنَ اللَّهِ لَتَأْتُنَّنِي بِهِ إِلَّا أَنْ يُحَاطَ بِكُمْ فَلَمَّا آتَوْهُ مَوْثِقَهُمْ قَالَ اللَّهُ عَلَى مَا نَقُولُ وَكِيلٌ﴾	يوسف	٤٧
٧٢	٧٢	﴿...وَلِمَنْ جَاءَ بِهِ حِمْلُ بَعِيرٍ وَأَنَا بِهِ زَعِيمٌ﴾	يوسف	٤٨
٤٢٧	٧٨	﴿قَالُوا يَا أَيُّهَا الْعَزِيزُ إِنَّ لَهُ أَبًا شَيْخًا كَبِيرًا فَخُذْ أَحَدَنَا مَكَانَهُ إِنَّا نَرَاكَ مِنَ الْمُحْسِنِينَ﴾	يوسف	٤٩
٤١١	٧٩	﴿قَالَ مَعَاذَ اللَّهِ أَنْ نَأْخُذَ إِلَّا مَنْ وَجَدْنَا مَتَاعَنَا عِنْدَهُ إِنَّا إِذًا لَظَالِمُونَ﴾	يوسف	٥٠
٤٩	٢٢	﴿وَمَا كَانَ لِيَ عَلَيْكُمْ مِنْ سُلْطَانٍ إِلَّا أَنْ دَعَوْتُكُمْ فَاسْتَجَبْتُمْ لِي...﴾	إبراهيم	٥١
٤٨	٤٢	﴿إِنَّ عِبَادِي لَيْسَ لَكَ عَلَيْهِمْ سُلْطَانٌ إِلَّا مَنِ اتَّبَعَكَ مِنَ الْغَاوِينَ﴾	الحجر	٥٢
١٢٤	٦٩	﴿يَخْرُجُ مِنْ بُطُونِهَا شَرَابٌ مُخْتَلِفٌ أَلْوَانُهُ فِيهِ شِفَاءٌ لِلنَّاسِ﴾	النحل	٥٣

مسلسل	السورة	الآية	رقم الآية	الصفحة
٥٤	النحل	﴿وَلَا تَكُونُوا كَالَّتِي نَقَضَتْ غَزْلَهَا مِنْ بَعْدِ قُوَّةٍ أَنْكَاثًا...﴾	٩٢	٨٢
٥٥	الإسراء	﴿وَلاَ تَقْفُ مَا لَيْسَ لَكَ بِهِ عِلْمٌ...﴾	٣٦	٧١
٥٦	الكهف	﴿فَابْعَثُوا أَحَدَكُمْ بِوَرِقِكُمْ هَذِهِ إِلَى الْمَدِينَةِ فَلْيَنْظُرْ أَيُّهَا أَزْكَى طَعَامًا فَلْيَأْتِكُمْ بِرِزْقٍ مِنْهُ...﴾	١٩	٤٤٩
٥٧	الكهف	﴿وَلا تَقُولَنَّ لِشَيْءٍ إِنِّي فَاعِلٌ ذَلِكَ غَدًا، إِلاَّ أَنْ يَشَاءَ اللَّهُ...﴾	٢٣	٤٥
٥٨	الكهف	﴿وَاذْكُرْ رَبَّكَ إِذَا نَسِيتَ...﴾	٢٤	٤٣
٥٩	الكهف	﴿إِلَّا إِبْلِيسَ كَانَ مِنَ الْجِنِّ فَفَسَقَ عَنْ أَمْرِ رَبِّهِ﴾	٥٠	٥٢
٦٠	مريم	﴿لَا يَسْمَعُونَ فِيهَا لَغْوًا إِلَّا سَلَامًا﴾	٦٢	٥٢
٦١	الأنبياء	﴿لَوْ كَانَ فِيهِمَا آلِهَةٌ إِلَّا اللَّهُ لَفَسَدَتَا﴾	٢٢	٣٦
٦٢	الأنبياء	﴿بَلْ عِبَادٌ مُكْرَمُونَ﴾	٢٦	٤٩
٦٣	الأنبياء	﴿وَدَاوُودَ وَسُلَيْمَانَ إِذْ يَحْكُمَانِ فِي الْحَرْثِ إِذْ نَفَشَتْ فِيهِ غَنَمُ الْقَوْمِ وَكُنَّا لِحُكْمِهِمْ شَاهِدِينَ فَفَهَّمْنَاهَا سُلَيْمَانَ وَكُلًّا آتَيْنَا حُكْمًا وَعِلْمًا﴾	٧٨-٧٩	٤٠٧
٦٤	الأنبياء	﴿أَنِّي مَسَّنِيَ الضُّرُّ وَأَنْتَ أَرْحَمُ الرَّاحِمِينَ﴾	٨٣	٢١٦
٦٥	الأنبياء	﴿وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ﴾	١٠٧	٨٩
٦٦	المؤمنون	﴿وَالَّذِينَ هُمْ لِفُرُوجِهِمْ حَافِظُونَ إِلَّا عَلَى أَزْوَاجِهِمْ	٥-٧	٦٨، ٣٠٣، ٣٠٤

مسلسل	السورة	الآية	رقم الآية	الصفحة
		أَوْ مَا مَلَكَتْ أَيْمَانُهُمْ فَإِنَّهُمْ غَيْرُ مَلُومِينَ فَمَنِ ابْتَغَى وَرَاءَ ذَلِكَ فَأُولَئِكَ هُمُ الْعَادُونَ﴾		
٦٧	النور	﴿فِي بُيُوتٍ أَذِنَ اللَّهُ أَنْ تُرْفَعَ وَيُذْكَرَ فِيهَا اسْمُهُ﴾	٣٦	٧٥
٦٨	النور	﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا لِيَسْتَأْذِنْكُمُ الَّذِينَ مَلَكَتْ أَيْمَانُكُمْ وَالَّذِينَ لَمْ يَبْلُغُوا الْحُلُمَ مِنْكُمْ ثَلَاثَ مَرَّاتٍ مِنْ قَبْلِ صَلَاةِ الْفَجْرِ وَحِينَ تَضَعُونَ ثِيَابَكُمْ مِنَ الظَّهِيرَةِ وَمِنْ بَعْدِ صَلَاةِ الْعِشَاءِ ثَلَاثُ عَوْرَاتٍ لَكُمْ﴾	٥٨	٩٤
٦٩	النور	﴿فَلْيَحْذَرِ الَّذِينَ يُخَالِفُونَ عَنْ أَمْرِهِ أَنْ تُصِيبَهُمْ فِتْنَةٌ أَوْ يُصِيبَهُمْ عَذَابٌ أَلِيمٌ﴾	٦٣	٦٣
٧٠	العنكبوت	﴿فَلَبِثَ فِيهِمْ أَلْفَ سَنَةٍ إِلَّا خَمْسِينَ عَامًا...﴾	١٤	٤٧
٧١	الأحزاب	﴿إِلَّا أَنْ تَفْعَلُوا إِلَى أَوْلِيَائِكُمْ مَعْرُوفًا...﴾	٦	٣٧٢، ٣٧٤
٧٢	سبأ	﴿... وَقَلِيلٌ مِنْ عِبَادِيَ الشَّكُورُ﴾	١٣	٤٨
٧٣	ص	﴿قَالَ فَبِعِزَّتِكَ لَأُغْوِيَنَّهُمْ أَجْمَعِينَ إِلَّا عِبَادَكَ مِنْهُمُ الْمُخْلَصِينَ﴾	٨٢-٨٣	٤٨
٧٤	ص	﴿وَخُذْ بِيَدِكَ ضِغْثًا فَاضْرِبْ بِهِ وَلَا تَحْنَثْ...﴾	٤٤	٤١
٧٥	الزمر	﴿فَاعْبُدُوا مَا شِئْتُمْ...﴾	١٥	٣٤٨
٧٦	الزمر	﴿... فَبَشِّرْ عِبَادِ الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ	١٧-١٨	٧٣

مسلسل	السورة	الآية	رقم الآية	الصفحة
		أَحْسَنَهُ أُولَئِكَ الَّذِينَ هَدَاهُمُ اللَّهُ وَأُولَئِكَ هُمْ أُولُو الأَلْبَابِ﴾		
٧٧	الزمر	﴿الَّذِينَ يَسْتَمِعُونَ الْقَوْلَ فَيَتَّبِعُونَ أَحْسَنَهُ...﴾	١٨	٧٥
٧٨	الزمر	﴿وَاتَّبِعُوا أَحْسَنَ مَا أُنْزِلَ إِلَيْكُمْ مِنْ رَبِّكُمْ...﴾	٥٥	٧٦
٧٩	النجم	﴿إِنْ يَتَّبِعُونَ إِلَّا الظَّنَّ وَإِنَّ الظَّنَّ لَا يُغْنِي مِنَ الْحَقِّ شَيْئًا﴾	٢٨	٣٠٨
٨٠	النجم	﴿وَأَنْ لَيْسَ لِلْإِنْسَانِ إِلَّا مَا سَعَى﴾	٣٩	٣٦٥
٨١	المجادلة	﴿لَا تَجِدُ قَوْمًا يُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ يُوَادُّونَ مَنْ حَادَّ اللَّهَ وَرَسُولَهُ وَلَوْ كَانُوا آبَاءَهُمْ أَوْ أَبْنَاءَهُمْ أَوْ إِخْوَانَهُمْ أَوْ عَشِيرَتَهُمْ...﴾	٢٢	٣٧٤
٨٢	الحشر	﴿هُوَ الَّذِي أَخْرَجَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِنْ أَهْلِ الْكِتَابِ مِن دِيَارِهِمْ لِأَوَّلِ الْحَشْرِ مَا ظَنَنتُمْ أَن يَخْرُجُوا وَظَنُّوا أَنَّهُم مَّانِعَتُهُمْ حُصُونُهُم مِّنَ اللَّهِ فَأَتَاهُمُ اللَّهُ مِنْ حَيْثُ لَمْ يَحْتَسِبُوا وَقَذَفَ فِي قُلُوبِهِمُ الرُّعْبَ يُخْرِبُونَ بُيُوتَهُم بِأَيْدِيهِمْ وَأَيْدِي الْمُؤْمِنِينَ فَاعْتَبِرُوا يَا أُولِي الْأَبْصَارِ﴾	٢	٧٠
٨٣	الحشر	﴿وَمَا آتَاكُمُ الرَّسُولُ فَخُذُوهُ وَمَا نَهَاكُمْ عَنْهُ فَانْتَهُوا...﴾	٧	٦٣
٨٤	الممتحنة	﴿لَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ لَمْ يُقَاتِلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَلَمْ يُخْرِجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ أَنْ تَبَرُّوهُمْ وَتُقْسِطُوا	٨	٣٧٢

مسلسل	السورة	الآية	رقم الآية	الصفحة
		إِلَيْهِمْ إِنَّ اللَّهَ يُحِبُّ الْمُقْسِطِينَ﴾		
٨٥	الممتحنة	﴿إِنَّمَا يَنْهَاكُمُ اللَّهُ عَنِ الَّذِينَ قَاتَلُوكُمْ فِي الدِّينِ وَأَخْرَجُوكُمْ مِنْ دِيَارِكُمْ وَظَاهَرُوا عَلَى إِخْرَاجِكُمْ أَنْ تَوَلَّوْهُمْ وَمَنْ يَتَوَلَّهُمْ فَأُولَئِكَ هُمُ الظَّالِمُونَ﴾	٩	٣٧٤
٨٦	الطلاق	﴿فَإِنْ أَرْضَعْنَ لَكُمْ فَآتُوهُنَّ أُجُورَهُنَّ﴾	٦	٦٨، ٢٧٧
٨٧	التغابن	﴿فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ﴾	١٦	٣٣٣
٨٨	الجن	﴿وَأَنَّ الْمَسَاجِدَ لِلَّهِ فَلَا تَدْعُوا مَعَ اللَّهِ أَحَدا﴾	١٨	٣٢٣
٨٩	المزمل	﴿يَا أَيُّهَا الْمُزَّمِّلُ قُمِ اللَّيْلَ إِلَّا قَلِيلًا نِصْفَهُ أَوِ انْقُصْ مِنْهُ قَلِيلًا﴾	١–٣	٥٠
٩٠	المزمل	﴿وَآخَرُونَ يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ﴾	٢٠	٢٣١
٩١	الماعون	﴿وَيَمْنَعُونَ الْمَاعُونَ﴾	٧	٣٠٢

ثانيًا-فهرس الأحاديث النبويَّة

مسلسل	طرف الحديث	الصفحة
١	«أَحَبُّ الحديث إليَّ أصدقه، فاختاروا إحدى الطائفتين، إما السبي وإما المال»	٣٥٨
٢	«اختاروا مني بين ثلاث خصال: إما البيع فأثمن، وإما الهبة فأشكر، وإما الصدقة على مسجد رسول الله ﷺ فأجابه الناس»	١١٤
٣	«إذا أمرتكم بأمر فأتوا به ما استطعتم»	٣٣٣
٤	«إذا بايعت فقل لا خلابة»	١٣٩
٥	«إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعا، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع، وإن تفرقا بعد أن يتبايعا ولم يترك واحد منهما البيع، فقد وجب البيع»	١٧٦
٦	«إذا تبايع الرجلان، فكل واحد منهما بالخيار ما لم يتفرقا، وكانا جميعا، أو يخير أحدهما الآخر، فتبايعا على ذلك، فقد وجب البيع...»	١٨٠
٧	«إذا حلفت على يمين، فرأيت غيرها خيرًا منها، فكفر عن يمينك وأتِ الذي هو خير»	٤٢
٨	«إذا مات الإنسان انقطع عنه عمله إلا من ثلاثة: صدقة جارية، أو علم ينتفع به، أو ولد صالح يدعو له»	٦٤، ٣٢٠
٩	«أَرَأَيْتَ إِذَا مَنَعَ اللَّهُ الثَّمَرَةَ، بِمَ يَأْخُذُ أَحَدُكُمْ مَالَ أَخِيهِ»	٢٠٤،٢٠٥،٢٠٧
١٠	«أسلم ترثني»	٣٧٣
١١	«اعرف عِفَاصها ووِكَائها...»	٤٦٧
١٢	«البيعان بالخيار ما لم يتفرقا -أو قال: حتى يتفرقا-فإن صدقا وبيَّنا بورك لهما في بيعهما، وإن كتما وكذبا محقت بركة بيعهما»	١٧٩
١٣	«البيِّعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يقول أحدهما لصاحبه اختر»	١٧١
١٤	«البيعان بالخيار ما لم يتفرقا، أو يكون بيعهما خيارًا»	١٧٧

الصفحة	طرف الحديث	مسلسل
٢١٦	«الثلث، والثلث كثير»	١٥
٣٠٢	«العارية مؤداة، والزعيم غارم، والدين مقضي»	١٦
٢٣١	«الْمُسَافِرُ وَأَهْلُهُ عَلَى قَلَتٍ إِلَّا مَا وَقَى اللَّهُ»	١٧
١٤٩	«المسلمون على شروطهم»	١٨
١٣٢، ١٣٣	«إن الله إذا حرم على قوم أكل شيء حرم عليهم ثمنه»	١٩
١٠٦	«إن الله تجاوز لأمتي ما حدثت به أنفسها، ما لم يتكلموا، أو يعملوا به»	٢٠
١٤٦	«إن الله كره لكم ثلاثًا: قيل وقال، وإضاعة المال، وكثرة السؤال»	٢١
١٣١	«إن الله ورسوله حرم بيع الخمر، والميتة والخنزير والأصنام»	٢٢
١١٢	«إِنَّ اللَّهَ وَضَعَ عَنْ أُمَّتِي الْخَطَأَ، وَالنِّسْيَانَ، وَمَا اسْتُكْرِهُوا عَلَيْهِ»	٢٣
١٦٥	«أَنَّ النبيّ ﷺ أَحَلَّ الْعُرْبَانَ فِي الْبَيْعِ»	٢٤
٢٤٣	«أَنَّ النبيّ ﷺ عَامَلَ خَيْبَرَ بِشَطْرِ مَا يَخْرُجُ مِنْهَا مِنْ ثَمَرٍ أَوْ زَرْعٍ»	٢٥
٣٠٨	«إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام»	٢٦
٢١٣	«أَنَّ رَجُلًا ابْتَاعَ تَمْرَةً فَأَذْهَبَتْهَا الْجَائِحَةُ، فَسَأَلَهُ أَنْ يَضَعَ عَنْهُ فَأَبَى أَلَّا يَفْعَلَ، فَذُكِرَ ذَلِكَ لِلنبيّ ﷺ فَقَالَ: يَتَأَلَّى أَلَّا يَفْعَلَ خَيْرًا، فَأُخْبِرَ الْبَائِعُ بِمَا ذَكَرَ النبيّ ﷺ فَسَمَحَ بِهِ لِلْمُبْتَاعِ»	٢٧
١٩٧	«أن رسول الله ﷺ رخص في العرايا أن تباع بخرصها كيلا»	٢٨
١٩٨	«أن رسول الله ﷺ رخص في بيع العرايا بخرصها فيما دون خمسة أوسق أو في خمسة»	٢٩
٢٧٢	«أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة، والمحاقلة، والمزابنة اشتراء الثمر بالتمر في رءوس النخل»	٣٠
٢٠٤، ٢٠٧، ٢٠٨	«أن رسول الله ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن السنبل حتى يبيض، ويأمن العاهة»	٣١

مسلسل	طرف الحديث	الصفحة
	حائط، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه، فإن شاء أخذ، وإن شاء ترك، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به»	
٤٩	«كان أهل الجاهلية يأكلون أشياء ويتركون أشياء تقذرًا، فبعث الله تعالى نبيّه ﷺ وأنزل كتابه، وأحل حلاله، وحرم حرامه، فما أحل فهو حلال، وما حرم فهو حرام، وما سكت عنه فهو عفو»	١٤٨
٥٠	«كلكم جائع إلا من أطعمته»	٤٩
٥١	«لاَ تَبِيعُوا الثَّمَرَةَ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا»	٢٠٤
٥٢	«لا تجتمع أمتي على ضلالة»	٦٧
٥٣	«لا تشهدني على جور»	٣٤٧
٥٤	«لا ثِنَاء في الصدقة»	٣٤
٥٥	«لا ربا إلا في النسيئة»	٢٧٣،١٨٧
٥٦	«لا سبق إلا في نصل، أو خف، أو حافر»	٦٤، ٢٨١، ٢٨٣
٥٧	«لا ضمان على مؤتمن»	٢٦٣، ٢٦٤، ٣٠٧، ٣٠٨، ٤٢٣
٥٨	«لا نورث ما تركنا فهو صدقة»	٣٥٨
٥٩	«لا يباع، ولا يوهب، ولا يورث»	٣٢٠،٣٢١،٣٢٨
٦٠	«لا يبع الرجل على بيع أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه، إلا أن يأذن له»	٦٤
٦١	«لا ينصرف حتى يسمع صوتًا أو يجد ريحًا»	٧٩
٦٢	«لا، بل عارية مضمونة»	٣٠٢
٦٣	«لتوا به السويق وبيعوه ولا تبيعوه من مسلم وبينوه»	١٣٣
٦٤	«لعن الله الخمر، وشاربها، وساقيها، وبائعها، ومبتاعها، وعاصرها، ومعتصرها، وحاملها، والمحمولة إليه»	١٥٠، ١٥٣

مسلسل	طرف الحديث	الصفحة
٦٥	«لو بعت من أخيك ثمرًا، فأصابته جائحة، فلا يحل لك أن تأخذ منه شيئًا، بم تأخذ مال أخيك بغير حق؟»	٢١٢
٦٦	«لو قد جاء مال البحرين قد أعطيتك هكذا وهكذا وهكذا»	٣١٦
٦٧	«لو كان على أمك دين، أكنت قاضيه عنها؟»	٧١
٦٨	«ليس على المستعير غير المغل ضمان، ولا على المستودع غير المغل ضمان»	٣٠٧، ٤٢٤
٦٩	«من أحيا أرضا ميتة فله بها أجر، وما أكلت العوافي فله بها أجر»	٤٥٦
٧٠	«من أسلف في تمر، فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»	٢٢٣
٧١	«من اشترى شاة مصراة فهو بخير النظريّن، إن شاء أمسكها، وإن شاء ردها وصاعا من تمر، لا سمراء»	١٨٨
٧٢	«من اقتنى كلبًا إلا كلب ماشية أو كلب صيد نقص من عمله كل يوم قيراط»	٢٥٠
٧٣	«من أودع وديعة فلا ضمان عليه»	٣٠٨
٧٤	«من ترك مالا فلورثته»	١٨٢، ٣٦٧، ٣٦٩
٧٥	«من كانت له أرض فليزرعها أو ليمنحها، فإن أبي فليمسك أرضه»	٢٧٠
٧٦	«من كانت له أرض فليزرعها، أو فليزرعها أخاه، ولا يكاريها بثلث ولا بربع ولا بطعام مسمى»	٢٧٢
٧٧	«نعم الفارس عويمر، وقال: هو حكيم أمتي»	١١٨
٧٨	«نفس المؤمن معلقة بِدَيْنِهِ حتى يُقضَى عنه»	٤٠٤
٧٩	«نهى النبيّ ﷺ عن بيع الثمر حتى يطيب، ولا يباع شيء منه إلا بالدينار والدرهم إلا العرايا»	١٩٧
٨٠	«نَهَى النبيّ ﷺ عَنْ بَيْعِ الثَّمَرَةِ حَتَّى يَبْدُوَ صَلاَحُهَا»	٢٠٤، ٢٠٨

مسلسل	طرف الحديث	الصفحة
٨١	«نهى رسول الله ﷺ عن المزابنة والمحاقلة»	٢٧٠
٨٢	«نهى رسول الله عن كراء الأرض ببعض ما يخرج منها»	٢٦٩
٨٣	«نهى عن الثُّنْيَا إلا أن تُعلم»	١٤٢
٨٤	«نهى عن المزابنة، والمزابنة: بيع الثمر بالتمر كيلا وبيع الزبيب بالكرم كيلا» قال: وحدثني زيد بن ثابت «أن النبيّ ﷺ رخص في العرايا بخرصها»	١٩٨
٨٥	«نهى عن المزارعة وأمر بالمؤاجرة وقال: لا بأس بها»	٢٥٦
٨٦	«نهى عن بيع الثمر بالتمر ورخص في العريَّة أن تباع بخرصها، يأكلها أهلها رطبا»	١٩٧
٨٧	«نهى عن بيع وشرط»	١٥٨
٨٨	«هكذا البيعُ»	١٧٧
٨٩	«واستأجر رسول الله رجلًا من بني الديل هاديًا خريتًا، وهو على دين كفار قريش، فدفعا إليه راحلتيهما، ووعداه غار ثور بعد ثلاث ليال، فأتاهما براحلتيهما صبح ثلاث»	٢٦٠
٩٠	«والله لأغزون قريشًا، والله لأغزون قريشًا، والله لأغزون قريشًا»	٤٤
٩١	«ورخص بعد ذلك في بيع العريَّة»	١٩٩
٩٢	«ولا تقطع شجرة مثمرة، ولا تقتل بهيمة ليست لك بها حاجة، واتق أذى المؤمنين»	٤٨٠
٩٣	«يا عائشة، لولا أن قومك حديث عهد بجاهلية لأمرت بالبيت، فهدم، فأدخلت فيه ما أخرج منه، وألزقته بالأرض، وجعلت له بابين: بابًا شرقيًّا، وبابًا غربيًّا، فبلغت به أساس إبراهيم»	٣٢٦
٩٤	اشترى رسول الله ﷺ من رجل من الأعراب حِمْلَ خَبَطٍ	١٧٧
٩٥	أصيب رجل في عهد رسول الله ﷺ في ثمار ابتاعها، فكثر دينه	٢١٣
٩٦	يا رسول الله إن حائطي هذا صدقة	٣٢١

مسلسل	طرف الحديث	الصفحة
٩٧	يا رسول الله، إني أهديت نجيبًا فأُعطيت بها ثلاث مئة دينار	٣٢٨
٩٨	يا رسول الله، إني نذرت إن فتح الله عليك مكة أن أصلي في بيت المقدس	٣٢٧

ثالثاً–فهرس تراجم الأعلام

رابعًا –فهرس المصادر والمراجع

- أبو زرعة الرازيّ وجهوده في السنة النبويَّة، لسعدي بن مهدي الهاشميّ، عمادة البحث العلميّ بالجامعة الإسلاميّة، المدينة النبويَّة، ١٤٠٢هـ.
- إتحاف المهرة بالفوائد المبتكرة من أطراف العشرة، لأبي الفضل أحمد بن عليّ بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلانيّ، تحقيق مركز خدمة السنة والسيرة بإشراف الدكتور زهير بن ناصر الناصر، نشر مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف ومركز خدمة السنة والسيرة النبويَّة، المدينة النبويَّة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
- الإتحاف في أحكام الأوقاف، لمحمد إسماعيل البرديسيّ، مخطوط في المكتبة الأزهرية خاص (١٨٧٣) عام (٢٦٥٨٨).
- أحكام القرآن، لأحمد بن عليّ أبو بكر الرازيّ الجصاص، تحقيق محمد صادق القمحاوي، دار إحياء التراث العربيّ، بيروت، ١٤٠٥هـ.
- أحكام القرآن، للقاضي محمد بن عبد الله أبو بكر بن العربيّ المعافريّ الإشبيليّ، عناية محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ.
- أحكام المشاع في الفقه الإسلاميّ، لصالح بن محمد السلطان، طبعة جامعة الإمام محمد بن سعود الإسلاميّة، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.
- أحكام الوقف في الشريعة الإسلاميّة، لمحمد عبيد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد.
- أحكام أهل الذمة، لشمس الدين ابن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، تحقيق يوسف بن أحمد البكري وشاكر بن توفيق العاروري، رمادى للنشر، الدمام، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
- الإحكام في أصول الأحكام، لأبي الحسن سيد الدين عليّ بن أبي عليّ بن محمد بن سالم الثعلبيّ الآمديّ، تحقيق عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلاميّ، بيروت، دمشق.
- الإحكام في أصول الأحكام، لأبي محمد عليّ بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسيّ القرطبيّ الظاهريّ، تحقيق الشيخ أحمد محمد شاكر، دار الآفاق الجديدة، بيروت.

- إحياء علوم الدين، لأبي حامد محمد بن محمد الغزاليّ الطوسيّ، دار المعرفة، بيروت.
- اختلاف الأئمة العلماء، لأبي المظفر عون الدين يحيى بن هُبَيْرَة بن محمد بن هبيرة الذهليّ الشيبانيّ، تحقيق السيد يوسف أحمد، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.
- اختلاف الفقهاء، لأبي جعفر الطبريّ محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآمليّ، دار الكتب العلمية، لبنان.
- الاختيار لتعليل المختار، لعبد الله بن محمود بن مودود الموصليّ بتعليقات الشيخ محمود أبو دقيقة، مطبعة الحلبيّ، القاهرة، ١٣٥٦هـ.
- إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول، لمحمد بن علي بن محمد بن عبد الله الشوكانيّ، تحقيق الشيخ أحمد عزو عناية، دار الكتاب العربيّ، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
- إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل، لمحمد ناصر الدين الألبانيّ، بإشراف زهير الشاويش، المكتب الإسلاميّ، بيروت، الطبعة الثانية ١٤٠٥هـ.
- أسباب نزول القرآن، لأبي الحسن علي بن أحمد بن محمد بن عليّ الواحديّ، تحقيق عصام بن عبد المحسن الحميدان، دار الإصلاح، الدمام، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ.
- الاستثناء عند الأصوليّين، للدكتور أكرم بن محمد بن حسين أوزيقان، دار المعراج الدولية، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤١٨هـ.
- الاستغناء في أحكام الاستثناء، لشهاب الدين القرافيّ، تحقيق الدكتور طه محسن، مطبعة الإرشاد، بغداد، ١٤٠٢هـ.
- الاستيعاب في معرفة الأصحاب، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمريّ القرطبيّ، تحقيق عليّ محمد البجاوي، دار الجيل، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.
- أسد الغابة، لأبي الحسن عليّ بن أبي الكرم محمد بن محمد بن عبد الكريم بن عبد الواحد الشيبانيّ الجزريّ، عز الدين ابن الأثير، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ.

- الإسعاف في أحكام الأوقاف، لبرهان الدين إبراهيم بن موسى بن أبي بكر ابن الشيخ عليّ الطرابلسيّ، دار الرائد العربيّ، بيروت، ١٤٠١هـ.
- أسنى المطالب في شرح روض الطالب مع حاشية الرمليّ الكبير، لزكريا بن محمد بن زكريا الأنصاريّ زين الدين أبو يحيى السنيكيّ، دار الكتاب الإسلاميّ.
- الأشباه والنظائر على مذهب أبي حنيفة النعمان، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد المعروف بابن نجيم، عناية زكريا عميرات، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
- الأشباه والنظائر، لتاج الدين عبد الوهاب بن تقيّ الدين السبكيّ، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
- الأشباه والنظائر، لعبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطيّ، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
- الإشراف على مذاهب العلماء، لأبي بكر محمد بن إبراهيم بن المنذر النيسابوريّ، تحقيق الدكتور أبو حماد صغير الأنصاريّ، مكتبة مكة الثقافية، رأس الخيمة، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.
- الإصابة في تمييز الصحابة، لأبي الفضل أحمد بن عليّ بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلانيّ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعلى محمد معوض، دار الكتب العلمية، بيروت.
- أصول السرخسيّ، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسيّ، دار المعرفة، بيروت.
- أصول مذهب الشيعة الإمامية الإثني عشرية (عرض ونقد)، لناصر بن عبد الله بن عليّ القفاري، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
- إعانة الطالبين على حل ألفاظ فتح المعين، لأبي بكر بن محمد شطا الدمياطيّ، المشهور بالبكريّ، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
- الاعتصام، لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخميّ الغرناطيّ الشهير بالشاطبيّ، تحقيق سليم بن عيد الهلاليّ، دار ابن عفان، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.

- إعلام الموقعين عن رب العالمين، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، تحقيق محمد عبد السلام إبراهيم، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
- إغاثة اللهفان من مصايد الشيطان، لشمس الدين ابن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، تحقيق محمد حامد الفقي، مكتبة المعارف، الرياض.
- الاقتراح في بيان الاصطلاح، لتقيّ الدين أبي الفتح محمد بن عليّ بن وهب بن مطيع القشيريّ، المعروف بابن دقيق العيد، دار الكتب العلمية، بيروت.
- الإقناع في فقه الإمام أحمد بن حنبل، لموسى بن أحمد بن موسى بن سالم بن عيسى بن سالم الحجاويّ المقدسيّ ثم الصالحيّ شرف الدين أبو النجا، تحقيق عبد اللطيف محمد موسى السبكيّ، دار المعرفة بيروت، لبنان.
- الأم، لأبي عبد الله محمد بن إدريس الشافعيّ، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٠هـ.
- الأنساب، لأبي سعد عبد الكريم بن محمد بن منصور التميميّ السمعانيّ المروزيّ، تحقيق عبد الرحمن بن يحيى المعلميّ اليمانيّ وغيره، نشر مجلس دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الطبعة الأولى، ١٣٨٢هـ.
- أنوار البروق في أنواء الفروق مع تهذيبه لمحمد مفتي وحاشية ابن الشَّاط، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكيّ الشهير بالقرافيّ، عالم الكتب.
- أوضح المسالك إلى ألفية ابن مالك، لعبد الله بن يوسف بن أحمد بن عبد الله بن يوسف أبو محمد جمال الدين ابن هشام، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعيّ، دار الفكر، دمشق.
- البحر الرائق شرح كنز الدقائق مع تكملة الطوري وحاشية منحة الخالق لابن عابدين، لزين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم، دار الكتاب الإسلاميّ.
- البحر المحيط في أصول الفقه، لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشيّ، دار الكتبي، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
- بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبيّ، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٥هـ.

- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاسانيّ، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.
- بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، لعلاء الدين أبو بكر بن مسعود بن أحمد الكاسانيّ، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.
- بدائع الفوائد، لشمس الدين ابن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، دار الكتاب العربيّ، بيروت.
- البدر الطالع بمحاسن من بعد القرن السابع، لمحمد بن عليّ بن محمد بن عبد الله الشوكانيّ، دار المعرفة، بيروت.
- البدر المنير في تخريج الأحاديث والآثار الواقعة في الشرح الكبير، لابن الملقن سراج الدين أبو حفص عمر بن عليّ بن أحمد الشافعيّ، تحقيق مصطفى أبو الغيط وعبد الله بن سليمان وياسر بن كمال، دار الهجرة، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.
- البرهان في أصول الفقه، لأبي المعالي ركن الدين الملقب بإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجوينيّ، تحقيق صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
- بغية الملتمس في تاريخ رجال أهل الأندلس، لأبي جعفر الضبيّ أحمد بن يحيى بن أحمد بن عميرة، دار الكاتب العربيّ، القاهرة، ١٩٦٧م.
- بلغة السالك لأقرب المسالك المعروف بحاشية الصاوي على الشرح الصغير، لأبي العباس أحمد بن محمد الخلوتيّ، الشهير بالصاوي، دار المعارف.
- البناية شرح الهداية، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفيّ بدر الدين العينيّ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
- البهجة في شرح التحفة، لأبي الحسن التُّسُوليّ، عليّ بن عبد السلام بن عليّ، تحقيق محمد عبد القادر شاهين، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

- بيان المختصر (شرح مختصر ابن الحاجب)، لمحمود بن عبد الرحمن بن أحمد بن محمد، أبي الثناء، شمس الدين الأصفهانيّ، تحقيق محمد مظهر بقا، دار المدنيّ، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.
- بيان الوهم والإيهام في كتاب الأحكام، لعليّ بن محمد بن عبد الملك الكتاميّ الحميريّ الفاسيّ، أبو الحسن ابن القطان، تحقيق الدكتور الحسين آيت سعيد، دار طيبة، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
- البيان في مذهب الإمام الشافعيّ، لأبي الحسين يحيى بن أبي الخير بن سالم العمرانيّ، تحقيق قاسم محمد النوريّ، دار المنهاج، جدة، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
- البيان والتحصيل والشرح والتوجيه والتعليل لمسائل المستخرجة، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبيّ، تحقيق الدكتور محمد حجي وآخرون، دار الغرب الإسلاميّ، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ.
- التاج والإكليل لمختصر خليل، لأبي عبد الله المواق المالكيّ محمد بن يوسف بن أبي القاسم بن يوسف العبدريّ الغرناطيّ، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.
- التاريخ الكبير، لأبي عبد الله محمد بن إسماعيل بن إبراهيم بن المغيرة البخاريّ، بإشراف محمد عبد المعيد خان، دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد.
- التبصرة في أصول الفقه، لأبي إسحاق إبراهيم بن عليّ بن يوسف الشيرازيّ، تحقيق الدكتور محمد حسن هيتو، دار الفكر، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.
- تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق مع حاشية الشِّلْبِيِّ، لعثمان بن عليّ بن محجن البارعيّ، فخر الدين الزيلعيّ، المطبعة الكبرى الأميرية، بولاق، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٣١٣هـ.
- التحجيل في تخريج ما لم يخرج من الأحاديث والآثار في إرواء الغليل، لعبد العزيز بن مرزوق الطّريفي، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
- تحرير ألفاظ التنبيّه، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النوويّ، تحقيق عبد الغني الدقر، دار القلم، دمشق، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.

- تحفة الأحوذي بشرح جامع الترمذيّ، لأبي العلا محمد عبد الرحمن بن عبد الرحيم المباركفوري، دار الكتب العلمية، بيروت.
- تحفة المحتاج في شرح المنهاج مع حاشيتي الشروانيّ والعباديّ، لأحمد بن محمد بن علي بن حجر الهيتميّ، عناية لجنة من العلماء، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، ١٣٥٧هـ.
- التحقيق في أحاديث الخلاف، لجمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزيّ، تحقيق مسعد عبد الحميد محمد السعدنيّ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
- تخريج الفروع على الأصول، لمحمود بن أحمد بن محمود بن بختيار أبي المناقب شهاب الدين الزَّنْجانيّ، تحقيق محمد أديب صالح، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الثانية، ١٣٩٨هـ.
- تذكره الحفاظ، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبيّ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
- تفسير غريب ما في الصحيحين البخاريّ ومسلم، لمحمد بن فتوح بن عبد الله بن فتوح بن حميد الأزديّ الميورقيّ الحَمِيديّ، تحقيق الدكتورة زبيدة محمد سعيد عبد العزيز، مكتبة السنة، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
- تفسير مفاتيح الغيب (التفسير الكبير)، لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيميّ الرازيّ، دار إحياء التراث العربيّ، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٠هـ.
- تقريب التهذيب، لأبي الفضل أحمد بن عليّ بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلانيّ، تحقيق محمد عوامة، دار الرشيد، سوريا، الطبعة الأولى، ١٤٠٦هـ.
- تقرير القواعد وتحرير الفوائد، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن السَلاميّ البغداديّ، ثم الدمشقيّ، دار الكتب العلمية، لبنان.
- التقرير والتحبير، لأبي عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج ويقال له ابن الموقت الحنفيّ، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.

- التلخيص الحبير في تخريج أحاديث الرافعيّ الكبير، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلانيّ، تحقيق أبو عاصم حسن بن عباس بن قطب، مؤسسة قرطبة، مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.
- التلقين في الفقه المالكيّ، لأبي محمد عبد الوهاب بن علي بن نصر الثعلبيّ البغداديّ، تحقيق أبو أويس محمد بو خبزة الحسنيّ التطوانيّ، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.
- التمهيد في تخريج الفروع على الأصول، لأبي محمد، جمال الدين، عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنويّ الشافعيّ، تحقيق محمد حسن هيتو، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٠هـ.
- التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمريّ القرطبيّ، تحقيق مصطفى بن أحمد العلويّ ومحمد عبد الكبير البكريّ، نشر وزارة عموم الأوقاف والشؤون الإسلاميّة، المغرب، ١٣٨٧هـ.
- تنقيح التحقيق في أحاديث التعليق، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عبد الهادي، تحقيق سامي بن محمد بن جاد الله وعبد العزيز بن ناصر الخبانيّ، أضواء السلف، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.
- تهذيب التهذيب، لأبي الفضل أحمد بن عليّ بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلانيّ، مطبعة دائرة المعارف النظامية، الهند، الطبعة الأولى، ١٣٢٦هـ.
- تهذيب اللغة، لمحمد بن أحمد بن الأزهريّ الهرويّ، تحقيق محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربيّ، بيروت، الطبعة الأولى، ٢٠٠١م.
- تيسير التحرير، لمحمد أمين بن محمود البخاريّ المعروف بأمير بادشاه، دار الفكر، بيروت.
- تيسير الكريم الرحمن في تفسير كلام المنان، للشيخ عبد الرحمن بن ناصر بن عبد الله السعديّ، تحقيق عبد الرحمن بن معلا اللويحق، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.

- الثقات، لمحمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبدَ، التميميّ، طباعة وزارة المعارف للحكومة العالية الهندية بإشراف الدكتور محمد عبد المعيد ونشر دائرة المعارف العثمانية، الهند، الطبعة الأولى، ١٣٩٣هـ.
- جامع الأصول في أحاديث الرسول مع تعليقات أيمن صالح شعبان، لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد ابن عبد الكريم الشيبانيّ الجزريّ ابن الأثير، تحقيق عبد القادر الأرناؤوط، بشير عيون، مكتبة الحلواني ومطبعة الملاح ومكتبة دار البيان، ١٣٨٩هـ.
- جامع البيان عن تأويل آي القرآن، لأبي جعفر الطبريّ محمد بن جرير بن يزيد بن كثير بن غالب الآمليّ، تحقيق الدكتور عبد الله بن عبد المحسن التركيّ، دار هجر، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
- جامع التحصيل في أحكام المراسيل، لصلاح الدين أبي سعيد خليل بن كيكلدي بن عبد الله الدمشقيّ العلائيّ، تحقيق حمدي عبد المجيد السلفي، عالم الكتب، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٧هـ.
- الجامع المسند الصحيح المختصر من أمور رسول الله ﷺ وسننه وأيامه، لمحمد بن إسماعيل أبو عبد الله البخاريّ الجعفيّ، تحقيق محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
- الجامع لأحكام القرآن، لأبي عبد الله شمس الدين القرطبيّ محمد بن أحمد بن أبي بكر بن فرح الأنصاريّ الخزرجيّ، تحقيق أحمد البردوني وإبراهيم أطفيش، دار الكتب المصرية، القاهرة، الطبعة الثانية، ١٣٨٤هـ.
- جذوة المقتبس في ذكر ولاة الأندلس، لمحمد بن فتوح بن عبد الله بن فتوح بن حميد الأزديّ الميورقيّ الحَمِيديّ، الدار المصرية للتأليف والنشر، القاهرة، ١٩٦٦م.
- الجرح والتعديل، لأبي محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس بن المنذر التميميّ، الحنظليّ، الرازيّ ابن أبي حاتم، طبعة مجلس دائرة المعارف العثمانية، الهند، الطبعة الأولى، ١٢٧١هـ.

- الجنى الداني في حروف المعاني، لأبي محمد بدر الدين حسن بن قاسم بن عبد الله بن عليّ المراديّ، تحقيق الدكتور فخر الدين قباوة ومحمد نديم فاضل، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.
- جواهر العقود ومعين القضاة والموقعين والشهود، لشمس الدين محمد بن أحمد بن عليّ بن عبد الخالق، المنهاجيّ الأسيوطيّ، تحقيق مسعد عبد الحميد محمد السعدنيّ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
- الجواهر المضية في طبقات الحنفيّة، عبد القادر بن محمد بن نصر الله القرشيّ، نشر مير محمد، كراتشي.
- حاشية الدسوقيّ على الشرح الكبير للدردير، لمحمد بن أحمد بن عرفة الدسوقيّ، دار الفكر.
- حاشية الروض المربع شرح زاد المستقنع، لعبد الرحمن بن محمد بن قاسم العاصميّ الحنبليّ النجديّ، الطبعة التاسعة، ١٤٢٤هـ.
- حاشية العدويّ على شرح كفاية الطالب الربانيّ، لأبي الحسن عليّ بن أحمد بن مكرم الصعيديّ العدويّ، تحقيق يوسف الشيخ محمد البقاعيّ، دار الفكر، بيروت، ١٤١٤هـ.
- حاشية العطار على شرح الجلال المحليّ على جمع الجوامع، لحسن بن محمد بن محمود العطار، دار الكتب العلمية، لبنان.
- حاشيتا قليوبي وعميرة على شرح جلال الدين المحليّ على منهاج الطالبين، لأحمد سلامة القليوبي وأحمد البرلسي عميرة، دار الفكر، بيروت، ١٤١٥هـ.
- الحاوي الكبير في فقه مذهب الإمام الشافعيّ، لأبي الحسن عليّ بن محمد بن محمد بن حبيب البصريّ البغداديّ، الشهير بالماورديّ، تحقيق علي محمد معوض وعادل أحمد عبد الموجود، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
- حياة الحيوان الكبرى، لمحمد بن موسى بن عيسى بن علي الدميريّ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٢٤هـ.

- خلاصة الأثر في أعيان القرن الحادي عشر، لمحمد أمين بن فضل الله بن محب الدين بن محمد المحبي الحمويّ، دار صادر، بيروت.
- الخيار وأثره في العقود، للدكتور عبد الستار أبي غدة، مطبعة مقهوي، الكويت، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.
- الدراية في تخريج أحاديث الهداية، لأبي الفضل أحمد بن عليّ بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلانيّ، تحقيق السيد عبد الله هاشم اليمانيّ المدنيّ، دار المعرفة، بيروت.
- درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، لعلي حيدر خواجه أمين أفندي، تعريب فهمي الحسينيّ، دار الجيل، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ.
- دقائق أولي النهى لشرح المنتهى المعروف بشرح منتهى الإرادات، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتيّ، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
- الديباج المذهب في معرفة أعيان علماء المذهب، لإبراهيم بن عليّ بن محمد بن فرحون برهان الدين اليعمريّ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- ذخيرة الحفاظ، لأبي الفضل محمد بن طاهر بن عليّ بن أحمد المقدسيّ الشيبانيّ، المعروف بابن القيسراني، تحقيق الدكتور عبد الرحمن الفريوائي، دار السلف، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٦هـ.
- ذيل طبقات الحنابلة، لزين الدين عبد الرحمن بن أحمد بن رجب بن الحسن السَلاميّ البغداديّ ثم الدمشقيّ الحنبليّ، تحقيق الدكتور عبد الرحمن العثيمين، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.
- رد المحتار على الدر المختار، لمحمد أمين بن عمر بن عبد العزيز عابدين، دار الفكر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ.
- روضة الطالبين وعمدة المفتين، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النوويّ، تحقيق زهير الشاويش، المكتب الإسلاميّ، بيروت ودمشق وعمان، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.

- روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيليّ المقدسيّ ثم الدمشقيّ الحنبليّ، الشهير بابن قدامة المقدسيّ، مؤسسة الريان، الطبعة الثانية، ١٤٢٣هـ.
- الروضة الندية شرح الدرر البهية، لأبي الطيب محمد صديق خان بن حسن بن عليّ بن لطف الله الحسينيّ البخاريّ القِنَّوجيّ، دار المعرفة.
- زاد المعاد في هدي خير العباد، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد شمس الدين ابن قيم الجوزية، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة السابعة والعشرون، ١٤١٥هـ.
- سبل السلام، لمحمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسنيّ الكحلانيّ ثم الصنعانيّ، دار الحديث.
- سنن ابن ماجه، لابن ماجه أبو عبد الله محمد بن يزيد القزوينيّ، تحقيق محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء الكتب العربية.
- سنن أبي داود، لأبي داود سليمان بن الأشعث بن إسحاق بن بشير بن شداد بن عمرو الأزدي السِّجِسْتاني، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، المكتبة العصرية، لبنان.
- سنن الترمذيّ، لأبي عيسى محمد بن عيسى بن سَوْرة بن موسى بن الضحاك، الترمذيّ، تحقيق حمد محمد شاكر ومحمد فؤاد عبد الباقي وإبراهيم عطوة عوض، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، مصر، الطبعة الثانية، ١٣٩٥هـ.
- سنن الدارقطنيّ، لأبي الحسن علي بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغداديّ الدارقطنيّ، تحقيق شعيب الأرناؤوط وحسن عبد المنعم شلبي وعبد اللطيف حرز الله وأحمد برهوم، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
- السنن الكبرى، لأبي بكر أحمد بن الحسين بن عليّ بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراسانيّ البيهقيّ، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ.
- السنن الكبرى، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن عليّ الخراسانيّ النسائيّ، تحقيق حسن عبد المنعم شلبي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.

- سير أعلام النبلاء، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبيّ، تحقيق مجموعة من المحققين بإشراف الشيخ شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤٠٥هـ.
- السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار، لمحمد بن عليّ بن محمد بن عبد الله الشوكانيّ، دار ابن حزم، الطبعة الأولى.
- شرح التلويح على التوضيح، لسعد الدين مسعود بن عمر التفتازانيّ، مكتبة صبيح، مصر.
- شرح الزركشيّ، شمس الدين محمد بن عبد الله الزركشيّ، دار العبيكان، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.
- شرح القواعد الفقهيّة، لأحمد ابن الشيخ محمد الزرقا، عناية مصطفى أحمد الزرقاء، دار القلم، دمشق، الطبعة الثانية، ١٤٠٩هـ.
- الشرح الكبير مع المقنع والإنصاف، لشمس الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن قدامة المقدسيّ، تحقيق الدكتور عبد المحسن التركيّ وعبد الفتاح الحلو، دار عالم الكتب، الرياض، ١٤١٩-١٤٢٦هـ.
- شرح الكوكب المنير، لتقيّ الدين أبي البقاء محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن عليّ الفتوحيّ المعروف بابن النجار الحنبليّ، تحقيق محمد الزحيليّ ونزيه حماد، مكتبة العبيكان، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤١٨هـ.
- شرح تنقيح الفصول، لأبي العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن المالكيّ الشهير بالقرافيّ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد، شركة الطباعة الفنية المتحدة، الطبعة الأولى، ١٣٩٣هـ.
- شرح صحيح البخاريّ، لابن بطال أبي الحسن عليّ بن خلف بن عبد الملك، تحقيق أبو تميم ياسر بن إبراهيم، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٢٣هـ.
- شرح مختصر الروضة، لأبي الربيع نجم الدين سليمان بن عبد القويّ بن الكريم الطوفيّ الصرصريّ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركيّ، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ.

- شرح مختصر الروضة، لأبي الربيع نجم الدين سليمان بن عبد القويّ بن الكريم الطوفيّ الصرصريّ، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركيّ، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى، ١٤٠٧هـ.
- شرح مختصر خليل وبهامشه حاشية العدويّ، لمحمد بن عبد الله الخرشيّ، دار الفكر للطباعة، بيروت.
- شرح مشكل الآثار، لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزديّ الحجريّ المصريّ المعروف بالطحاويّ، تحقيق شعيب الأرناؤوط، مؤسسة الرسالة، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
- شرح معاني الآثار، لأبي جعفر أحمد بن محمد بن سلامة بن عبد الملك بن سلمة الأزديّ الحجريّ المصريّ المعروف بالطحاويّ، تحقيق محمد زهري النجار ومحمد سيد جاد الحق، مراجعة الدكتور يوسف عبد الرحمن المرعشلي، عالم الكتب، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
- صحيح ابن خزيمة، لأبي بكر محمد بن إسحاق بن خزيمة بن المغيرة بن صالح بن بكر السلميّ النيسابوريّ، تحقيق الدكتور محمد مصطفى الأعظمي، المكتب الإسلاميّ، بيروت.
- الضعفاء الكبير، لأبي جعفر محمد بن عمرو بن موسى بن حماد العقيليّ، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، دار المكتبة العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ.
- الضمان في الفقه الإسلاميّ، للشيخ عليّ الخفيف، دار الفكر العربيّ، القاهرة.
- الضوء اللامع لأهل القرن التاسع، لشمس الدين أبي الخير محمد بن عبد الرحمن بن محمد بن أبي بكر بن عثمان بن محمد السخاويّ، منشورات دار مكتبة الحياة، بيروت.
- ضوابط المصلحة في الشريعة الإسلاميّة، للدكتور محمد سعيد رمضان البوطي، مؤسسة الرسالة، لبنان.
- طبقات الحنابلة، لأبي الحسين ابن أبي يعلى، محمد بن محمد، تحقيق محمد حامد الفقي، دار المعرفة، بيروت.
- الطبقات السنية في تراجم الحنفيّة، لتقي الدين بن عبد القادر التميميّ الداريّ الغزيّ.

- طبقات الشافعيّة الكبرى، لتاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكيّ، تحقيق الدكتور محمود محمد الطناحي والدكتور عبد الفتاح محمد الحلو، دار هجر، الطبعة الثانية، ١٤١٣هـ.
- طبقات الفقهاء الشافعيّة، لتقي الدين أبي عمرو عثمان بن عبد الرحمن، المعروف بابن الصلاح، تحقيق محيي الدين عليّ نجيب، دار البشائر الإسلاميّة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٩٢م.
- طبقات الفقهاء، لأبي إسحاق إبراهيم بن عليّ الشيرازيّ، تهذيب محمد بن مكرم ابن منظور، تحقيق إحسان عباس، دار الرائد العربيّ، بيروت، الطبعة الأولى، ١٩٧٠م.
- طلبة الطلبة، لأبي حفص نجم الدين عمر بن محمد بن أحمد بن إسماعيل النسفيّ، المطبعة العامرة، بغداد، ١٣١١هـ.
- العدة في أصول الفقه، للقاضي أبي يعلى، محمد بن الحسين بن محمد بن خلف ابن الفراء، تحقيق الدكتور أحمد بن علي بن سير المباركيّ، الطبعة الثانية، ١٤١٠هـ.
- العلل المتناهية في الأحاديث الواهية، لجمال الدين أبي الفرج عبد الرحمن بن علي بن محمد الجوزيّ، تحقيق إرشاد الحق الأثريّ، إدارة العلوم الأثرية، فيصل آباد، باكستان، الطبعة الثانية، ١٤٠١هـ.
- العلل الواردة في الأحاديث النبويَّة، لأبي الحسن عليّ بن عمر بن أحمد بن مهدي بن مسعود بن النعمان بن دينار البغداديّ الدارقطنيّ، تحقيق محفوظ الرحمن زين الله السلفيّ، دار طيبة، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
- العلل، لأبي محمد عبد الرحمن بن محمد بن إدريس بن المنذر التميميّ الحنظليّ الرازيّ ابن أبي حاتم، تحقيق فريق من الباحثين بإشراف وعناية الدكتور سعد بن عبد الله الحميد والدكتور خالد بن عبد الرحمن الجريسيّ، مطابع الحميضي، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.
- علم أصول الفقه، لعبد الوهاب خلاف، مكتبة الدعوة، عن الطبعة الثامنة لدار القلم.
- عمدة القاري شرح صحيح البخاريّ، لأبي محمد محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفيّ بدر الدين العينيّ، دار إحياء التراث العربي، بيروت.

- العناية شرح الهداية، لمحمد بن محمد بن محمود، أكمل الدين أبو عبد الله ابن الشيخ شمس الدين ابن الشيخ جمال الدين الرومي البابرتيّ، دار الفكر.
- عون المعبود شرح سنن أبي داود ومعه حاشية ابن القيم، لأبي عبد الرحمن محمد أشرف بن أمير بن عليّ بن حيدر، شرف الحق الصديقي العظيم آبادي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ.
- غاية الوصول في شرح لب الأصول، لزكريا بن محمد بن أحمد بن زكريا الأنصاريّ، زين الدين أبو يحيى السنيكيّ، دار الكتب العربية الكبرى، مصر.
- غريب الحديث، لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستيّ المعروف بالخطابيّ، تحقيق عبد الكريم إبراهيم الغرباوي، وخرج أحاديثه عبد القيوم عبد رب النبيّ، دار الفكر، ١٤٠٢هـ.
- غريب الحديث، لأبي عُبيد القاسم بن سلاّم بن عبد الله الهرويّ، تحقيق الدكتور محمد عبد المعيد خان، نشر مطبعة دائرة المعارف العثمانية، حيدر آباد، الطبعة الأولى، ١٣٨٤هـ.
- غريب الحديث، لأبي محمد عبد الله بن مسلم بن قتيبة الدينوريّ، تحقيق الدكتور عبد الله الجبوريّ، مطبعة العاني، بغداد، الطبعة الأولى، ١٣٩٧هـ.
- غمز عيون البصائر في شرح الأشباه والنظائر، لأحمد بن محمد مكيّ، أبو العباس، شهاب الدين الحسينيّ الحمويّ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.
- الفتاوى الكبرى، لتقيّ الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد ابن تيمية الحرانيّ، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.
- فتح الباري شرح صحيح البخاريّ، لأحمد بن عليّ بن حجر أبو الفضل العسقلانيّ، عناية محمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب بتعليقات الشيخ عبد العزيز بن باز، دار المعرفة، بيروت.
- فتح العزيز بشرح الوجيز (الشرح الكبير)، لعبد الكريم بن محمد الرافعيّ القزوينيّ، دار الفكر.
- فتح القدير، لكمال الدين محمد بن عبد الواحد السيواسيّ المعروف بابن الهمام، دار الفكر.

- فتح القدير، لمحمد بن عليّ بن محمد بن عبد الله الشوكانيّ، دار ابن كثير ودار الكلم الطيب، دمشق، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
- فتوحات الوهاب بتوضيح شرح منهج الطلاب المعروف بحاشية الجمل، لسليمان بن عمر بن منصور العجيليّ الأزهريّ المعروف بالجمل، دار الفكر.
- فرحة الأديب في الرد على ابن السيرافيّ، لأبي محمد الحسن بن أحمد الأعرابيّ الملقب بالأسود الغندجانيّ.
- الفرق بين الفرق وبيان الفرقة الناجية، لأبي منصور، عبد القاهر بن طاهر بن محمد بن عبد الله البغداديّ التميميّ الأسفرايينيّ، دار الآفاق الجديدة، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٧٧م.
- الفروسية، لمحمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، شمس الدين ابن قيم الجوزية، تحقيق مشهور بن حسن بن محمود بن سلمان، دار الأندلس، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.
- الفواكه الدواني على رسالة ابن أبي زيد القيروانيّ، لأحمد بن غانم النفراويّ الأزهريّ، دار الفكر، ١٤١٥هـ.
- فيض القدير شرح الجامع الصغير مع تعليقات يسيرة لماجد الحمويّ، لزين الدين محمد المدعو بعبد الرؤوف بن تاج العارفين بن عليّ بن زين العابدين الحداديّ ثم المناويّ، المكتبة التجارية الكبرى، مصر، الطبعة الأولى، ١٣٥٦هـ.
- القاموس المحيط، لمجد الدين أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروزآبادي، تحقيق مكتب تحقيق التراث في مؤسسة الرسالة بإشراف محمد نعيم العرقسُوسي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الثامنة، ١٤٢٦هـ.
- قفو الأثر في صفوة علوم الأثر، لمحمد بن إبراهيم بن يوسف الحلبيّ القادريّ التاذفي، الحنفيّ رضي الدين المعروف بابن الحنبليّ، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتبة المطبوعات الإسلاميّة، حلب، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ.

- قواطع الأدلة في الأصول، لأبي المظفر، منصور بن محمد بن عبد الجبار ابن أحمد المروزيّ السمعانيّ، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعيّ، دار الكتب العلمية، بيروت.
- قواعد الأحكام في مصالح الأنام، لأبي محمد عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام بن أبي القاسم بن الحسن السلميّ الدمشقيّ، الملقب بسلطان العلماء، عناية عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، ١٤١٤هـ.
- قواعد الفقه، لأبي عبد الله محمد بن أحمد المقريّ، تحقيق الدكتور محمد الدردابي، دار الأمان، الرباط.
- القواعد النورانية الفقهيّة، لتقيّ الدين أبي العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام بن عبد الله بن أبي القاسم بن محمد بن تيمية الحرانيّ، تحقيق الدكتور أحمد بن محمد الخليل، دار ابن الجوزيّ، الدمام، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
- القواعد والأصول الجامعة والفروق والتقاسيم البديعة النافعة، للشيخ عبد الرحمن بن ناصر السعديّ، تحقيق خالد المصلح، دار ابن الجوزيّ، الدمام، الطبعة الثالثة، ١٤٢٤هـ.
- القوانين الفقهيّة، لأبي القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله، ابن جزيّ الكلبيّ.
- الكاشف في معرفة من له رواية في الكتب الستة، لشمس الدين أبي عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبيّ، تحقيق محمد عوامة أحمد محمد نمر الخطيب، دار القبلة للثقافة الإسلاميّة ومؤسسة علوم القرآن، جدة، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.
- الكافي في فقه أهل المدينة، لأبي عمر يوسف بن عبد الله بن محمد بن عبد البر بن عاصم النمريّ القرطبيّ، تحقيق محمد محمد أحيد ولد ماديك الموريتانيّ، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، الطبعة الثانية، ١٤٠٠هـ.
- الكافي، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيليّ المقدسيّ ثم الدمشقيّ الحنبليّ، الشهير بابن قدامة المقدسيّ، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٤هـ.

- الكامل في ضعفاء الرجال، لأبي أحمد ابن عدي الجرجانيّ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود وعليّ محمد معوض ومشاركة عبد الفتاح أبو سنة، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
- كتاب التعريفات، لعليّ بن محمد بن علي الزين الشريف الجرجانيّ، تحقيق جماعة من العلماء بإشراف الناشر، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٣هـ.
- كتاب التلخيص في أصول الفقه، لعبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجوينيّ، أبي المعالي ركن الدين الملقب بإمام الحرمين، تحقيق عبد الله جولم النبالي وبشير أحمد العمري، دار البشائر الإسلاميّة، بيروت.
- كتاب الفروع ومعه تصحيح الفروع لعلاء الدين علي بن سليمان المرداويّ، لشمس الدين المقدسيّ أبو عبد الله محمد بن مفلح بن محمد بن مفرج، تحقيق عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٤هـ.
- الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار، لأبي بكر بن أبي شيبة عبد الله بن محمد بن إبراهيم بن عثمان بن خواستي العبسيّ، تحقيق كمال يوسف الحوت، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٠٩هـ.
- كشاف القناع عن متن الإقناع، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين بن حسن بن إدريس البهوتيّ، دار الكتب العلمية، لبنان.
- كشف الأسرار شرح أصول البزدويّ، لعبد العزيز بن أحمد بن محمد، علاء الدين البخاريّ الحنفيّ، دار الكتاب الإسلاميّ.
- كفاية الأخيار في حل غاية الاختصار، لأبي بكر بن محمد بن عبد المؤمن بن حريز بن معلى الحسينيّ الحصنيّ تقي الدين الشافعيّ، تحقيق علي عبد الحميد بلطجي ومحمد وهبي سليمان، دار الخير، دمشق، الطبعة الأولى، ١٩٩٤هـ.
- كفاية الحاجة في شرح سنن ابن ماجه (حاشية السنديّ)، لمحمد بن عبد الهادي التتوي أبو الحسن نور الدين السندي، دار الجيل، بيروت، ودار الفكر، الطبعة الثانية.

- لسان العرب، لمحمد بن مكرم بن على أبو الفضل جمال الدين ابن منظور، دار صادر، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٤هـ.
- لسان الميزان، لأبي الفضل أحمد بن علي بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلانيّ، تحقيق دائرة المعرف النظامية الهندية، مؤسسة الأعلمي للمطبوعات، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٠هـ.
- اللمع في أصول الفقه، لأبي إسحاق إبراهيم بن عليّ بن يوسف الشيرازيّ، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الثانية، ١٤٢٤هـ.
- المبدع في شرح المقنع، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
- المبسوط، لمحمد بن أحمد بن أبي سهل شمس الأئمة السرخسيّ، دار المعرفة، بيروت، ١٤١٤هـ.
- المجتبى من السنن (السنن الصغرى)، لأبي عبد الرحمن أحمد بن شعيب بن عليّ الخراسانيّ النسائيّ، تحقيق عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلاميّة، حلب، الطبعة الثانية، ١٤٠٦هـ.
- المجروحين من المحدثين والضعفاء والمتروكين، لأبي حاتم محمد بن حبان بن أحمد بن حبان بن معاذ بن مَعْبدَ التميميّ، الدارميّ، البُستيّ، تحقيق محمود إبراهيم زايد، دار الوعي، حلب، الطبعة الأولى، ١٣٩٦هـ.
- مجلة الأحكام العدلية، أعدها لجنة مكونة من عدة علماء وفقهاء في الدولة العثمانية، تحقيق نجيب هواويني، الناشر نور محمد، كراتشي.
- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، دار إحياء التراث العربيّ.
- مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، لعبد الرحمن بن محمد بن سليمان المدعو بشيخي زاده، يعرف بداماد أفندي، دار إحياء التراث العربيّ.

- مجمع الزوائد ومنبع الفوائد، لأبي الحسن نور الدين عليّ بن أبي بكر بن سليمان الهيثميّ، تحقيق حسام الدين القدسيّ، مكتبة القدسيّ، القاهرة، ١٤١٤هـ.
- مجمع الضمانات، لأبي محمد غانم بن محمد البغداديّ، دار الكتاب الإسلاميّ.
- مجموع الفتاوى، لتقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن تيمية الحرانيّ، تحقيق عبد الرحمن بن محمد بن قاسم، طبعة مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف، المدينة النبويَّة، ١٤١٦هـ.
- المجموع شرح المهذب، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النوويّ مع تكملة السبكيّ والمطيعي، دار الفكر.
- المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز، لأبي محمد عبد الحق بن غالب بن عبد الرحمن بن تمام بن عطية الأندلسيّ المحاربيّ، تحقيق عبد السلام عبد الشافي محمد، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
- المحصول، لأبي عبد الله محمد بن عمر بن الحسن بن الحسين التيميّ الرازيّ، الملقب بفخر الدين الرازيّ، خطيب الري، تحقيق الدكتور طه جابر فياض العلواني، مؤسسة الرسالة، الطبعة الثالثة، ١٤١٨هـ.
- المحلى بالآثار، لأبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسيّ القرطبيّ الظاهريّ، دار الفكر، بيروت.
- مختصر العلامة خليل، لخليل بن إسحاق بن موسى، ضياء الدين الجندي، تحقيق أحمد جاد، دار الحديث، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤٢٦هـ.
- مدارج السالكين بين منازل إياك نعبد وإياك نستعين، لشمس الدين ابن قيم الجوزية محمد بن أبي بكر بن أيوب بن سعد، تحقيق محمد المعتصم بالله البغداديّ، تحقيق دار الكتاب العربيّ، بيروت، الطبعة الثالثة، ١٤١٦هـ.
- المدونة، للإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحيّ المدنيّ، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.

- مذكرة في أصول الفقه، لمحمد الأمين بن محمد المختار بن عبد القادر الجكنيّ الشنقيطيّ، مكتبة العلوم والحكم، المدينة النبويَّة، الطبعة الخامسة، ٢٠٠١م.
- مراتب الإجماع في العبادات والمعاملات والاعتقادات، للحافظ أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد بن حزم الأندلسيّ الظاهريّ، عناية حسن أحمد إسبر، دار ابن حزم، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
- المستدرك على الصحيحين، لأبي عبد الله الحاكم محمد بن عبد الله بن محمد بن حمدويه بن نُعيم بن الحكم الضبيّ الطهمانيّ النيسابوريّ المعروف بابن البيع، تحقيق مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى ١٤١١هـ.
- المستصفى، لأبي حامد محمد بن محمد الغزاليّ، تحقيق محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ١٤١٣هـ.
- مسند أبي داود الطيالسيّ، لأبي داود سليمان بن داود بن الجارود الطيالسيّ، تحقيق الدكتور محمد بن عبد المحسن التركي، دار هجر، مصر، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
- مسند الإمام أحمد بن حنبل، لأبي عبد الله أحمد بن محمد بن حنبل بن هلال بن أسد الشيبانيّ، تحقيق شعيب الأرناؤوط وعادل مرشد وآخرون بإشراف الدكتور عبد الله التركي، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢١هـ.
- مسند البزار (البحر الزخار)، لأبي بكر أحمد بن عمرو بن عبد الخالق بن خلاد بن عبيد الله العتكي المعروف بالبزار، تحقيق محفوظ الرحمن زين الله وعادل بن سعد وصبري عبد الخالق، مكتبة العلوم والحكم، المدينة النبويَّة، الطبعة الأولى، ١٩٨٨م.
- مسند الدارميّ (سنن الدارميّ)، لأبي محمد عبد الله بن عبد الرحمن بن الفضل بن بَهرام بن عبد الصمد الدارميّ، تحقيق حسين سليم أسد الدارانيّ، دار المغني، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.
- المسودة في أصول الفقه، بدأ بتصنيفها الجدّ مجد الدين عبد السلام بن تيمية، وأضاف إليها الأب عبد الحليم بن تيمية، ثم أكملها الابن الحفيد أحمد بن تيمية، تحقيق محمد محيي الدين عبد الحميد، دار الكتاب العربيّ.

- المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، لأحمد بن محمد بن علي الفيوميّ، المكتبة العلمية، بيروت.
- المصنف، لأبي بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميريّ اليمانيّ الصنعانيّ، تحقيق حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلاميّ، بيروت، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ.
- المطالب العالية بزوائد المسانيد الثمانية، لأبي الفضل أحمد بن عليّ بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلاني، حققت في ١٧ رسالة علمية قدمت لجامعة الإمام محمد بن سعود تنسيق الدكتور سعد بن ناصر بن عبد العزيز الشثري، دار العاصمة ودار الغيث، السعودية، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
- مطالب أولي النهى في شرح غاية المنتهى، لمصطفى بن سعد بن عبده السيوطيّ شهرة، الرحيبانيّ مولدًا ثم الدمشقيّ الحنبليّ، المكتب الإسلاميّ، الطبعة الثانية، ١٤١٥هـ.
- المطلع على ألفاظ المقنع، لأبي عبد الله شمس الدين محمد بن أبي الفتح بن أبي الفضل البعليّ، تحقيق محمود الأرناؤوط وياسين محمود الخطيب، مكتبة السوادي، الطبعة الأولى، ١٤٢٣هـ.
- معالم التنزيل في تفسير القرآن، لمحيي السنة، أبي محمد الحسين بن مسعود بن محمد بن الفراء البغويّ، تحقيق عبد الرزاق المهدي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
- معالم السنن، لأبي سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم بن الخطاب البستيّ المعروف بالخطابيّ، المطبعة العلمية، حلب، الطبعة الأولى، ١٣٥١هـ.
- المعجم الأوسط، لأبي القاسم الطبرانيّ سليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخميّ الشاميّ، تحقيق طارق بن عوض الله بن محمد وعبد المحسن بن إبراهيم الحسينيّ، دار الحرمين، القاهرة.
- معجم البلدان، لشهاب الدين أبي عبد الله ياقوت بن عبد الله الروميّ الحمويّ، دار صادر، بيروت، الطبعة الثانية، ١٩٩٥هـ.

- المعجم الكبير، لسليمان بن أحمد بن أيوب بن مطير اللخميّ الشاميّ أبو القاسم الطبرانيّ، تحقيق حمدي بن عبد المجيد السلفيّ، مكتبة ابن تيمية، القاهرة، الطبعة الثانية، ثم أكملتها دار الصميعي، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
- المعجم الوسيط، لمجمع اللغة العربية بالقاهرة (إبراهيم مصطفى، وأحمد الزيات، وحامد عبد القادر، وحمد النجار)، دار الدعوة.
- معجم لغة الفقهاء، لمحمد رواس قلعجي وحامد صادق قنيبي، دار النفائس، الطبعة الثانية، ١٤٠٨هـ.
- معرفة السنن والآثار، لأبي بكر البيهقيّ حمد بن الحسين بن علي بن موسى الخُسْرَوْجِردي الخراسانيّ، تحقيق عبد المعطي أمين قلعجي، جامعة الدراسات الإسلاميّة كراتشي، باكستان، ودار قتيبة دمشق، بيروت، ودار الوعي حلب، دمشق، ودار الوفاء، المنصورة، الطبعة الأولى، ١٤١٢هـ.
- مغني اللبيب عن كتب الأعاريب، لعبد الله بن يوسف بن أحمد بن عبد الله بن يوسف أبو محمد جمال الدين ابن هشام، تحقيق الدكتور مازن المبارك ومحمد علي حمد الله، دار الفكر، دمشق، الطبعة السادسة، ١٩٨٥م.
- مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، لشمس الدين محمد بن أحمد الخطيب الشربينيّ، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٥هـ.
- المغني، لأبي محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة الجماعيليّ المقدسيّ، مكتبة القاهرة.
- مقاييس اللغة، لأحمد بن فارس بن زكرياء القزوينيّ الرازيّ، تحقيق عبد السلام هارون، دار الفكر، ١٣٩٩هـ.
- المقدمات الممهدات، لأبي الوليد محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، دار الغرب الإسلاميّ، الطبعة الأولى، ١٤٠٨هـ.

- المقصد الأرشد في ذكر أصحاب الإمام أحمد، لأبي إسحاق برهان الدين إبراهيم بن محمد بن عبد الله بن محمد ابن مفلح، تحقيق الدكتور عبد الرحمن العثيمين، مكتبة الرشد، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤١٠هـ.
- ملتقى الأبحر، لإبراهيم بن محمد بن إبراهيم الحَلَبيّ، عناية خليل عمران المنصور، دار الكتب العلمية، لبنان، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ.
- الملكية ونظريّه العقد في الشريعة الإسلاميّة، لمحمد أبي زهرة، دار الفكر العربي.
- الملل والنحل، لأبي الفتح محمد بن عبد الكريم بن أبى بكر أحمد الشهرستانيّ، مؤسسة الحلبيّ.
- المناظرات الفقهيّة، للشيخ عبد الرحمن السعديّ، عناية أشرف عبد المقصود، مكتبة أضواء السلف، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
- المنتقى شرح الموطأ، لأبي الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب بن وارث التجيبيّ القرطبيّ الباجيّ، مطبعة السعادة، مصر، الطبعة الأولى، ١٣٣٢هـ.
- المنثور في القواعد الفقهيّة، لأبي عبد الله بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الزركشيّ، طبعة وزارة الأوقاف الكويتية، الطبعة الثانية، ١٤٠٥هـ.
- منح الجليل شرح مختصر خليل، محمد بن أحمد بن محمد عليش، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٩هـ.
- المنح الشافيات بشرح مفردات الإمام أحمد، لمنصور بن يونس بن صلاح الدين البهوتيّ، تحقيق الدكتور عبد الله المطلق، كنوز إشبيليا، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٧هـ.
- المنخول من تعليقات الأصول، لأبي حامد محمد بن محمد الغزاليّ، تحقيق الدكتور محمد حسن هيتو، دار الفكر المعاصر ودار الفكر، بيروت، دمشق، الطبعة الثالثة، ١٤١٩هـ.
- منهاج الطالبين وعمدة المفتين في الفقه، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النوويّ، تحقيق عوض قاسم أحمد عوض، دار الفكر، الطبعة الأولى، ١٤٢٥هـ.
- المنهاج شرح صحيح مسلم بن الحجاج، لأبي زكريا محيي الدين يحيى بن شرف النوويّ، دار إحياء التراث العربيّ، بيروت، الطبعة الثانية، ١٣٩٢هـ.

- المهذب في فقه الإمام الشافعيّ، لأبي إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف الشيرازيّ، دار الكتب العلمية، لبنان.
- الموافقات، لإبراهيم بن موسى بن محمد اللخميّ الغرناطيّ الشهير بالشاطبيّ، تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسيّ المغربيّ، المعروف بالحطاب الرُّعينيّ، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.
- مواهب الجليل في شرح مختصر خليل، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن محمد بن عبد الرحمن الطرابلسيّ المغربيّ المعروف بالحطاب الرُّعينيّ، دار الفكر، الطبعة الثالثة، ١٤١٢هـ.
- موطأ الإمام مالك، للإمام مالك بن أنس بن مالك بن عامر الأصبحيّ المدنيّ، عناية محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربيّ، بيروت، ١٤٠٦هـ.
- ميزان الاعتدال في نقد الرجال، لشمس الدين أبو عبد الله محمد بن أحمد بن عثمان بن قَايْماز الذهبيّ، تحقيق علي محمد البجاوي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٣٨٢هـ.
- نزهة الخاطر العاطر، للشيخ عبد القادر بن أحمد بن مصطفى بدران، تحقيق الدكتور سعد بن ناصر الشثري، مكتبة العبيكان ودار الحبيب، الرياض، الطبعة الأولى، ١٤٢٢هـ.
- نصب الراية لأحاديث الهداية مع حاشيته بغية الألمعيّ في تخريج الزيلعيّ، لجمال الدين أبي محمد عبد الله بن يوسف بن محمد الزيلعيّ، تحقيق محمد عوامة، تصحيح عبد العزيز الديوبندي الفنجاني ومحمد يوسف الكاملفوري، مؤسسة الريان للطباعة والنشر، بيروت، ودار القبلة للثقافة الإسلاميّة، جدة، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.
- نظريّة الضمان (أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلاميّ)، للدكتور وهبة الزحيلي، دار الفكر، دمشق، الطبعة التاسعة، ١٤٣٣هـ.

- نظريّة المقاصد عند الإمام الشاطبيّ، لأحمد الريسوني، الدار العالمية للكتاب الإسلاميّ، الطبعة الثانية، ١٤١٢هـ.
- النكت على كتاب ابن الصلاح، لأبي الفضل أحمد بن عليّ بن محمد بن أحمد بن حجر العسقلانيّ، تحقيق ربيع بن هادي عمير المدخليّ، نشر عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلاميّة، المدينة النبويَّة، الطبعة الأولى، ١٤٠٤هـ.
- نهاية السول شرح منهاج الوصول، لأبي محمد جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن بن علي الإسنوي الشافعيّ، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٢٠هـ.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج مع حاشية الشبراملسيّ، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرمليّ، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ.
- نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، لشمس الدين محمد بن أبي العباس أحمد بن حمزة شهاب الدين الرمليّ، دار الفكر، بيروت، ١٤٠٤هـ.
- نهاية المطلب في دراية المذهب، لأبي المعالي ركن الدين الملقب بإمام الحرمين عبد الملك بن عبد الله بن يوسف بن محمد الجوينيّ، تحقيق عبد العظيم محمود الدّيب، دار المنهاج، الطبعة الأولى، ١٤٢٨هـ.
- النهاية في غريب الحديث والأثر، لمجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن محمد بن محمد بن عبد الكريم الشيبانيّ الجزريّ ابن الأثير، تحقيق: طاهر أحمد الزاوى ومحمود محمد الطناحي، المكتبة العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ.
- الهداية الكافية الشافية لبيان حقائق الإمام ابن عرفة الوافية (شرح حدود ابن عرفة)، لأبي عبد الله الرصاع محمد بن قاسم الأنصاريّ، المكتبة العلمية، الطبعة الأولى، ١٣٥٠هـ.
- الهداية في شرح بداية المبتدي، لأبي الحسن برهان الدين عليّ بن أبي بكر بن عبد الجليل الفرغانيّ المرغينانيّ، تحقيق طلال يوسف، دار إحياء التراث العربيّ، بيروت.
- همع الهوامع في شرح جمع الجوامع، لعبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطيّ، تحقيق عبد الحميد هنداوي، المكتبة التوفيقية، مصر.

- الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، للدكتور محمد صدقي بن أحمد بن محمد آل بورنو أبو الحارث الغزِّيّ، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الخامسة، ١٤٢٢هـ.
- الوسيط في المذهب، لأبي حامد محمد بن محمد الغزاليّ، تحقيق أحمد محمود إبراهيم ومحمد محمد تامر، دار السلام، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٤١٧هـ.
- وفيات الأعيان وأنباء أبناء الزمان، لأبي العباس شمس الدين أحمد بن محمد بن إبراهيم بن أبي بكر ابن خلكان، تحقيق إحسان عباس، دار صادر، بيروت، ١٩٠٠م.

خامسًا–فهرس الموضوعات